جامعة الأزهر

كلية الشريعة والقانون بطنطا

دكتــــور

إسماعيل عبدالنبي شاهين

أستاذ القانون المدني المساعد بالكلية

أحكام

بيع ملك الغير

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

"دراسة مقارنة"

الطبعة الأولى

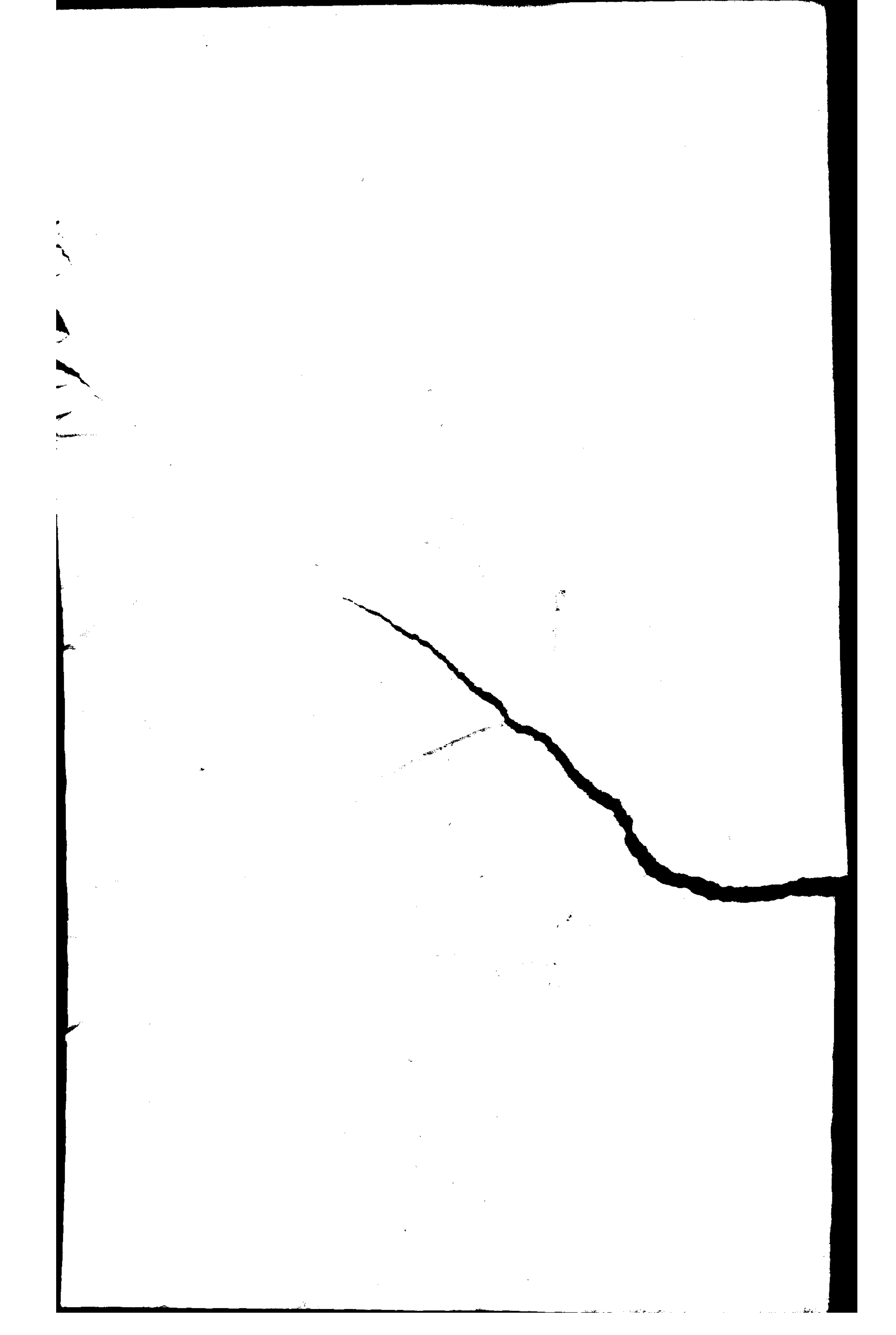
١٤١٦هـ - ١٩٩٥م

الناشر

دار النهضة العربية

للطباعة والنشر والتوزيع

٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي نزل الفرقان علي عبده ليكون للعالمين نذيرا، والصلاة والسلام علي سيدنا محمد سيد ولد عدنان، أرسله الله عز وجل ليبين للناس طريق الحق الموجب للرضوان، وطريق الباطل الموجب للخسران، ولم يزل – صلي الله عليه وسلم- يدعو إلي الحق المبين حتي ظهر دين الله علي جميع الأديان، صلوات الله وسلامه عليه وعلي آله وأصحابه الذي نذروا أنفسهم في سبيل نشر هذا الدين وإعلاء كلمة الحق المبين.

وبعـــــــد:

فهذا بحث متواضع في "أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني" نتناول فيه القواعد الناظمة لأحكام بيع ملك الغير، فيما بين المتعاقدين والغير، إذ أن ذلك يحدث كثيرا في الواقع العملي للناس، ومن ثم فنحن نحاول تقديم حلول لكثير من الوقائع المتكررة في الحياة الواقعية، مع بيان موقف الشريعة الإسلامية من هذا البيع.

وإني أقدم جهد المقل بعد أن نفذت طاقتي، وفرغ وسعي وأنا أبحث في الأسفار المتوافرة عما يتصل بهذا الموضوع، ولا يعني هذا أني تركت أمرا ذا أهمية في الموضوع، ولكن خشية الإسهاب الممل، إقتصرت علي النقاط التي بدت لي أهميتها وإحاطتها بموضوع البحث.

ولما كانت الملكية -في صورها المختلفة- تحتل مكانا بارزا في المعاملات المدنية والشرعية وأسبغ عليها المشرع الوضعي والشرعي حماية خاصة، كان "بيع ملك الغير" يمثل اعتداء علي هذه الملكية، مما يجعل هذا الموضوع أحد الموضوعات الشائكة في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

لذلك: شرعت في بيان أحكام بيع ملك الغير، وقد راعيت فيه الإيجاز والوضوح، والإلمام النسبي بالمذاهب الفقهية والمقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي وقواعد القانون المدني ما استطعت إلي ذلك سبيلا.

وأني لأرجو الله عز وجل أن يلهم الصواب ويسدد الخطأ، وأن ييسر لي طريق هذا البحث المتواضع.

دكتور

إسماعيل عبدالنبى شاهين

تقديم

١-. أهمية البيع:

يعد عقد البيع أهم العقود المسماة- وأكثرها شيوعا في المعاملات المالية، ولا يكاد يمر يوم إلا ويعقد الشخص أكثر من عقد بيع أو شراء لمأكله ومشربه أو ملبسه(١) أو علاجه، ومن أجل ذلك نعت بأنه قوام الحياة المدنية والتجارية(٢)، وذلك يرجع إلي أنه أداة يستطيع من خلالها الأشخاص أن يحصلوا علي ما يحتاجونه من سلع ومنتجات، فضلا عن أنه يمثل في ذات الوقت وسيلة هامة تمكن الفرد من التصرف فيما لا يحتاج إليه، أو تمكنه من زيادة ثروته إذا احترف عملية البيع والشراء، ومن ثم كان البيع هو الوسيلة العادية للمبادلة في الجماعات المتحضرة سواء فيما بينها أو في داخل كل منها(٣).

وقد انعكست الأهمية العملية للبيع علي الدراسات العلمية، فاهتم الفقهاء بالعلاقات الإجتماعية التي تقوم بين البائع والمشتري والقواعد التي تعالج ما يلحق هذه العلاقات من خصومات ونزاع "كقواعد تبعة هلاك المبيع والعيوب الخفية، بل وتوصلت بعض النظم كالشريعة الإسلامية إلي قواعد "وقائية" تسعي إلي الحيلولة دون وقوع المتبايعين في النزاع كقواعد الغرر"(٤) .

٢- مشروعية عقد البيع في الفقه الإسلامي:

عقد البيع هو أهم العقود المسماة في الفقه الإسلامي، وأهم عقود

---

(١) د. عبدالناصر توفيق العطار- البداية في شرح أحكام البيع- ص٦ ف٣ ط١٩٨٤م.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- عقد البيع- ص٣٤ ط بيروت ١٩٦٠م

(٣) د. محمود جمال الدين زكي- عقد البيع في القانون المدني ص٥ ط١٩٧٤م وانظر: د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- عقد البيع ص٩ ط١٩٩٠م

(٤) د. عبدالناصر توفيق العطار- المرجع السابق ص١٠ فقرة ٣، وانظر: د. محمد لبيب شنب- شرح أحكام عقد البيع ص٣ ط١٩٧٥م .

المعاوضات، لأنه هو الذي يلبي مطالب الناس المتنوعة في الحياة، فالإنسان لا يستطيع أن يفي بحاجاته ويكتفي ذاتيا دون أن يتعامل مع من يعيشون معه، وكان من حكمة الله عز وجل أن خلق الناس وجعل كلا منهم يحتاج للآخر في مأكله أو مشربه أو علاجه، فهذا يحتاج إلي ذاك، وذاك يحتاج إلي هذا، فالتاجر يحتاج إلي ما ينتجه الزارع، والزارع يحتاج إلي ما يصنعه الصانع،..... إلخ.

من هنا شرع الله -عزوجل- البيع وجعله وسيلة لتبادل الأموال والمنافع بين العباد، وتحقيقا للنفع والتعاون بين أفراد المجتمع دون حرج ولا ضرر، ولو لم يشرع البيع علي هذا النحو لعمت الفوضي واختل نظام الحياة وانتشر الفساد والظلم، وشاعت السرقة، واختل أمن الكون وظهر الفساد في البر والبحر.

من أجل ذلك شرع الله البيع وجعله جائزا، ودل علي مشروعيته الكتاب والسنة، وحصل علي ذلك الإجماع.

أما القرآن: فقد صرح بحل البيع في معرض الرد علي أولئك المعنتين الذين أرادوا أن يحتجوا لتعاملهم بالربا بأنه شبيه بالبيع، فقال سبحانه وتعالى: **﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾**(١).

وقال الله تعالى في معرض الكلام عن تبادل الأموال : **﴿ يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾**(٢) والتجارة هي: البيع والشراء(٣).

وقال تعالى في معرض الإستيثاق في البيع والشراء **﴿ واشهدوا إذا تبايعتم ﴾**(٤).

وهناك آيات أخري تأتي خلال البحث بإذن الله عند الإستدلال بها في مواضعها.

وأما السنة: ففي ذلك أحاديث كثيرة من قوله صلي الله عليه وسلم، وفعله وإقراره لعمل الصحابة، كلها تدل علي مشروعية البيع، منها: ما رواه الزبير بن العوام رضي الله عن النبي صلي الله عليه وسلم قال: "لأن يأخذ

---

(١) سورة البقرة - آية رقم ٢٧٥. (٢) سورة النساء - آية رقم ٢٩.

(٣) انظر تفسير الفخر الرازى ج١٠ ص٧١-٧٣ ط دار الفكر .

(٤) سورة البقرة - آية رقم ٢٨٢.

أحدكم حبله فيأتي بحزمة الحطب علي ظهره فيبيعها، فيكف الله بها وجهه(١) خير له من أن يسأل الناس، أعطوه أو منعوه"(٢) وأما فعله صلي الله عليه وسلم: فمن ذلك ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها: أن النبي صلي الله عليه وسلم: اشتري طعاما من يهودي إلي أجل، ورهنه درعا من حديد.(٣)

وكان أصحاب النبي صلي الله عليه وسلم يتبايعون علي مرأي منه ومسمع، أو يعلم بذلك فيقرهم ولا ينكر عليهم.

وهذا الذي ثبت في الكتاب والسنة أجمعت عليه الأمة في مختلف العصور والأزمنة.

كما أن حكمة التشريع تقتضي حل البيع والشراء، لأن الناس في حاجة إلي كثير من السلع، ولا يستطيع كل منهم أن ينتج جميع ما يحتاج إليه منها، فكان لابد أن يبادل بعضهم بعضا بهذه السلع، وهذا التبادل لا يحصل إذا لم يكن هناك تراض عليه، وهذا التراضي هو عقد البيع، كما أن بعضهم قد يملك النقد ولا يملك سلعا، وعكس ذلك يكون، فيحتاج ذو النقد إلي السلع، وذو السلع إلي النقد، وكل ذلك لا يحصل إلا بالبيع غالبا(٤)، كما أن البيع والشراء هو الطريق الصحيح لتحصيل الربح.

٣- تعريف عقد البيع وبيان خصائصه في القانون المدني:

عرفت المادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري عقد البيع حيث نصت علي أن "البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدى"(٥).

---

(١) أي يحميه بسببها من ذل السؤال وإراقة ماء الوجه.

(٢) الحديث: أخرجه البخاري في الزكاة- باب الإستعفاف عن المسألة، رقم ١٤٠٢.

(٣) أخرجه البخاري في البيوع، باب: شراء النبي صلي الله عليه وسلم بالنسيئة، رقم ١٩٦٢، ومسلم في المساقاة، باب: الرهن وجوازه في الحضر والسفر، رقم ١٦٠٣.

(٤) أنظر: الدكتور. مصطفي الخن، والدكتور/ مصطفي البغا في الفقه المنهجي علي مذهب الإمام الشافعي ج٦ ص١٠،١١ الطبعة الأولي - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.

(٥) ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم، المادة: ٢٣٥/٣٠٠، وفي التقنينات العربية=

ويستبين من هذا التعريف أن البيع عقد يلتزم أحد طرفيه بنقل ملكية شئ للآخر في مقابل ثمن نقدي، وبهذا يفترق عن المقايضة والصرف، ولا يقصر المبيع علي ملكيته شئ، بل يجاوز الملكية إلي غيرها من الحقوق المالية الأخري، فيجوز أن يكون محلا للبيع: حق الملكية، وحق الإرتفاق، وحق الحكر، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية(١).

كما يتضح من المادة السابقة أن أهم خصائص عقد البيع:

(أ) أنه عقد ملزم للجانبين: إذا تنشأ عنه إلتزامات في ذمة البائع، والتزامات في ذمة المشتري، إذ البائع يلتزم بنقل الملكية،وضمان التعرض، وضمان العيوب الخفية... إلخ، ويلتزم المشتري بأداء الثمن النقدي مقابل حصوله علي ملكية المبيع.

(ب) أنه عقد معاوضة: فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع، ويلتزم المشتري بأداء العوض النقدي، فكل من طرفي العقد يأخذ مقابلا لما يلتزم به(٢).

(ج) أنه عقد رضائي: أي يتم بمجرد اتفاق الطرفين، ولا يحتاج إنعقاده إلي أي إجراء شكلي، أي أنه يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين أيا كانت طريقة هذا التبادل كتابة كانت أو مشافهة.

ومع ذلك فإنه إذا كان الأصل هو أن عقد البيع عقد رضائي إلا أنه قد

=الأخري: المادة ٣٨٦ من التقنين المدني السوري، والمادة ٤٠٧ من التقنين المدني الليبي، والمادتين ٥٠٧،٥٠٦ من التقنين المدني العراقي، ٣٧٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(١) د.عبدالرزاق السنهوري- المرجع السابق ص٢١، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج٤ ص١٥.

(٢) وهذا لا يمنع -كما يري بعض الفقه بحق- من أن ينطوي عقد البيع علي تبرع بالمقابل كله أو بعضه، كبيع الزوج ماله إلي زوجته مع إقراره -علي غير الحقيقة- بأنه قبض الثمن كاملا، فإن هذا العقد وإن أخذ صورة البيع إلا أنه في واقع الأمر يستر هبة، والقانون المدني المصري يجيز الهبة المستترة في صورة عقد آخر ولو لم يتوافر فيها الشكل اللازم أصلا للهبة (م٤٨٨/٢مدني) (أنظر في ذلك: عقد البيع للدكتور سليمان مرقس- السابق ص٢٣،٢٤).

يخرج القانون عن هذا الأصل فينص علي شكل معين لانعقاده بجانب توافر رضا المتعاقدين، كما هو الحال في بيع عقار القاصر، وبيع حق المؤلف، وبراءات الإختراع، والعلامات التجارية، وبيع السفن البحرية(١)..... إلخ.

(د) أنه عقد محدد القيمة: أي أن كلا من عاقديه يعلم أو يستطيع أن يعلم من وقت العقد الإلتزام الذي يتعهد به، وقيمة الحق الذي يكسبه، غير أن هذه الصفة ليست من مستلزمات البيع، ومن ثم فإنه يمكن أن يكون عقد البيع إحتماليا إذا ربط أحد الطرفين الإلتزامات الناشئة منه بحادث غير محقق الوقوع "كما إذا جعل الثمن إيرادا مرتبا مدي الحياة، فإن مقدار الثمن يكون في هذه الحالة مرتبطا بمدي حياة البائع وهو أمر غير ممكن تحديده وقت العقد"(٢) .

(هـ) أنه عقد ناقل للملكية: فعقد البيع ينشئ إلتزاما بنقل الملكية، أي أن نقل المبيع والثمن هو الحكم الجوهري لعقد البيع الصحيح(٣) في القانون المصري والفقه الإسلامي علي سواء(٤).

---

(١) أنظر فيما سبق: د. عبدالمنعم البدراوي- عقد البيع ص٤٤،٤٥ ط١٩٥٧، د. توفيق فرج- عقد البيع ص٢٨ ط١٩٧٩م، د. عبدالناصر العطار- المرجع السابق ص١٣، د. منصور مصطفي منصور- مذكرات في العقود المسماة- البيع والمقايضة والإيجار- ص١٤ ط١٩٥٦، د. عبدالفتاح عبدالباقي- عقد البيع في القانون المدني- ص٢٤ ط١٩٥٦م.

(٢) د. سليمان مرقس- المرجع السابق ص٢٤ فقرة ١٧- ويلاحظ أن سيادته اشار إلي أن أهمية اعتبار عقد البيع عقد محددا أو عقدا احتماليا يظهر في تطبيق أحكام الغبن، فإن هذه الأحكام تطبق علي العقود محدد القيمة دون العقود الإحتمالية.

(٣) د. عبدالناصر العطار - المصدر السابق ص١١٦.

(٤) علي أن القانون قد يشترط في بعض البيوع شروطا أخري لا تنتقل الملكية إلا بعد توافرها، فهو يشترط في الشئ المعين بنوعه كالمثليات أن يتم إفرازه حتي تنتقل ملكيته، وإذا كان المبيع عقارا أو حقا عقاريا اشترط تسجيل عقد البيع حتي تنتقل ملكيته. أنظر نقض مدني في ١٩٧٤/٥/٨- مجموعة أحكام النقض المدني س٢٥ ص٨٣١.

(و) أنه عقد منجز حال حياة العاقدين: أي أنه ينتج أثره حيال حياة عاقديه، وإذا كان القانون المصري يجيز تعليق آثار عقد البيع كلها أو بعضها علـي أجل، فإنه لا يجيز إضافتها إلي موت البائع، لأن تصرف البائع هنا يكون واردا علي جزء من تركة مستقبلة وهذا لا يجوز(١) وفقا لحكم المادة ٢/١٣١ (١٢ مكرر) من التقنين المدني علي تفصيل ليس هذا مجاله.

ويظهر مما سبق أن عقد البيع في القانون المدني يتميز بخصائص أهمها أنه عقد ملزم للجانبين، وأنه عقد معاوضة، وأنه عقد مسمي، وأنه عقد رضائي، ومحدد القيمة، ناقل للملكية، وأنه عقد منجز.

٤- تعريف عقد البيع وخصائصه في الفقه الإسلامي:

إذا أردنا معرفة ماهية عقد البيع في الفقه الإسلامي نجد أن معني البيع في الشريعة الإسلامية أعم من معناه في القانون الوضعي فالبيع في الفقه الإسلامي له معنيان:

معني عام وهو: تمليك مال بمال علي وجه مخصوص(٢) أي بإيجاب أوتعاط.

ومعني خاص وهو: تمليك عين بثمن موصوف في الذمة(٣).

فالبيع بمعناه العام في عرف الفقهاء يشمل السلم (٤)،

---

(١) أنظر: د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٢٥.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج٥ ص١٣٣،١٣٤ ط١٣٢٨هـ وحاشية بن عابدين ج٤ ص٣ وما بعدها ، ط بولاق ١٣٢٥هـ ، فتح القدير ج٥ ص٧٤،٧٥ الطبعة الأولي- طبعة بولاق ١٣١٦هـ.

(٣) أنظر: حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ج٣ ص٣ ط١٣٢٤هـ وحاشية القليوبي وعميرة ج٢ ص١٥١،١٥٢ ط الحلبي، والمغني لابن قدامه ج٤ ص٢ ط بيروت – دار القماطي.

(٤) السلم: هو تمليك شيئ موصوف في الذمة بثمن يدفع عند العقد بلفظ السلم أو السلف/ كما لو اشتري رجل من آخر مقدارا معينا من الذرة علي ان يتم تسليمه بعد شهر مثلا ويدفع في محل العقد مائة جنيه ثمنا له.

والصرف(١)، والمقايضة(٢).

والبيع بمعناه الخاص لايشمل إلا البيع المتعارف عليه وهو البيع المطلق الذي يكون الثمن فيه نقدا أو غير نقد (٣)طالما كان موصوفا في الذمة.

ويستبين مما سبق أن ثمن البيع في الفقه الإسلامي -سواء أخذنا بالمعني العام أو بالمعني الخاص لعقد البيع- قد يكون نقدا وقد يكون غير نقد طالما كان موصوفا في الذمة، بينما ثمن البيع في القانون لا يكون إلا نقدا (٤).

وأخيرا فإن خصائص عقد البيع في الفقه الإسلامي تكاد تتشابه مع هذه الخصائص في القانون الوضعي، فالبيع في الفقه الإسلامي، عقد رضائي، ولا يشترط لإنعقاده شكل معين، إلا أن التراضي في الفقه الإسلامى يقتصر علي كونه سببا لترتيب الأحكام الشرعية المقررة بحكم الشرع، ومن ثم لا يجوز الإتفاق علي ما يخالف مقتضي هذه الأحكام، وهو عقد فوري (منجز) ينتج أثره بمجرد إنعقاده، وهو عقد ملزم للجانبين، يرتب إلتزامات متبادلة بين العاقدين أهمها: إلتزام البائع بتسليم المبيع إلي المشتري أو نائبه، وإلتزام المشتري بدفع الثمن، وهو عقد مسمي تتحدث عنه كتب الفقهاء، وهو عقد ناقل للملكية من تلقاء نفسه، وهو عقد معاوضة، إلا أنه لا يشترط فيه أن يكون الثمن من النقود علي الوجه السابق بيانه، وفي هذا قد يختلف بعض الشئ مع خصائص البيع في القانون الوضعي(٥).

---

(١) الصرف: هو بيع النقد بالنقد كتمليك ثلاثون جنيها مصريا بخمسين جنيها سودانيا.

(٢) المقايضة: تمليك عين من غير النقود كمنزل بعين أخري من غير النقود أيضا كماشية أو سيارة أو أرض زراعية.

(٣) أنظر: البدائع ج٥ ص٢٣٣ وما بعدها، وحاشية بن عابدين ج٤ ص٢٦ .

(٤) أنظر أستاذنا الدكتور. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص٨.

(٥) راجع الدكتور.عبدالناصر توفيق العطار- المصدر السابق- الموضع السابق، وانظر لنفس المؤلف بحثا بعنوان "تعريف البيع في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية" منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة س٢٠ ع٣ ف١٣.

٥- أنواع البيوع:

سبق أن أشرنا إلي أن طبيعة البيع باعتباره ناقلا للملك بذاته تقتضي أن يكون المبيع مملوكا للبائع حتي يمكن أن تنتقل ملكيته إلي المشتري فور انعقاد البيع، وإلا كان العقد قابلا للإبطال مادامت إدارة العاقد قد اتجهت إلي إبرام عقد بيع ناقل للملكية بمجرد الإتفاق(١)، وهذا لا يشمل بيع المثليات، ولا البيع المضاف إلي أجل ولا بيع الأموال المستقبلة، ولا البيع المعلق علي شرط ولا البيع الذي قصد به المتعاقدان أن يكون انتقال ملكية المبيع متوقفا علي عمل لا حق يقوم به البائع كأن يشتري المبيع من مالكه ثم ينقل ملكيته إلي المشتري(٢).

ويستبين مما سبق أن البيوع نوعان:

(أ) نوع يقصد به انتقال الملكية فور التعاقد، وهذا النوع من البيوع يشترط فيه أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت العقد وتنتقل ملكية المبيع إلي المشتري فور التعاقد ويشمل ذلك كل بيع بات.

(ب) ونوع لا يقصد به انتقال الملكية بمجرد التراضي علي العقد كالبيع المعلق علي شرط، وهذا النوع من البيوع لا يشترط فيه أن يكون البائع مالكا للمبيع وقت العقد "مادام في الإمكان أن يكسب هذه الملكية فيما بعد، وأن ينفذ إلتزامه بنقلها إلي المشتري"(٣). وهذا النوع يقع صحيحا منتجا لجميع آثاره حتي ولو لم يكن البائع مالكا للمبيع وقت العقد.

أما النوع الأول فلا ينتج أثره وهو انتقال الملكية لمجرد العقد لعدم ملكية البائع للمبيع وقت العقد وهو ما يسمي في فقه القانون المدني "بيع ملك الغير" وهو محل بحثنا إن شاء الله في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني لنبين مدي صحته أو بطلانه أو قابليته للإبطال علي النحو الذي سنبين فيه أحكامه تفصيلا بإذن الله تعالى.

---

(١) أنظر د. عبدالرزاق السنهوري - المصدر السابق ص٢٧٢ فقرة ١٥٤، د. سليمان مرقس- المرجع السابق ص٦٩٤، ومنصور مصطفي منصور- البيع والمقايضة والإيجار ص٢٤٢ فقرة ١١٢ ط١٩٧٥م.

(٢) أنظر د. خميس خضر - عقد البيع في القانون المدني ص٢٧٠ فقرة ١٧٢ - ط١٩٧٢.

(٣) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٦٩٥.

٦- الأهمية العلمية والنظرية لموضوع البحث:

لقد آثرنا أن نختار معالجة "أحكام بيع ملك الغير" موضوعا لهذه الدراسة لأنه يثير صعوبات ومشاكل عملية ونظرية عديدة منها: أن يبيع الزوج مال زوجته، أو الأب مال إبنه، أو الإبن مال أبيه لا بصفته وليا عليه أو وكيلا عنه، بل بصفته الشخصية، ومنها بيع الشريك علي الشيوع حصة مفرزة وقعت في نصيب وارث أو شريك آخر، ومنها بيع الوارث مال التركة المستغرقة بالدين(١)، أو يبيع الوارث عينا ليست في التركة، أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته، ومنها واضع اليد علي ملك غيره حين يبيع هذا الملك، ومنها: بيع الناس أموا ل الغائبين أو أموال الدولة الخاصة(٢)، ففي كل الأحوال يكون البيع واردا علي ملك الغير، لأن البائع ليس له سلطان علي المبيع بولاية أو ملك، وهو ما يسمي في عرف الفقهاء "الفضولي" ومن هنا جاءت أهمية الموضوع أيضا في الفقه الإسلامي علي أساس ان هذا الفقه يستطيع الإستجابة لجميع مطالب الحياة.

٧- خطة البحث:

سنقسم هذا البحث إلي بابين:

الباب الأول: في القواعد العامة لبيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

ويشتمل هذا الباب علي ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في القواعد العامة لبيع ملك الغير في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: في أحكام بيع ملك الغير في القانون المدني.

الفصل الثالث: في الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعى في القواعد العامة لبيع ملك الغير.

الباب الثانى: في آثار بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

---

(١) أنظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٦٩٥.

(٢) راجع د. عبدالرزاق السنهوري - المصدر السابق ص٢٧٥ ف١٥٤.

ويشتمل هذا الباب بدوره علي ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في آثار بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني: في آثار بيع ملك الغير في القانون المدني

الفصل الثالث: في الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعى في آثار بيع ملك الغير.

٨- تنويه :

آثرنا أن نتحدث عن القواعد العامة لبيع ملك الغير في كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى باب مستقل وآثار بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى باب آخر مع الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى فى كل منهما تحقيقا لعنصر الربط بين أجزاء الموضوع حتى لا يفقد تسلسله المنطقى وتيسيرا على القارىء حتى يسهل عليه التوصل إلى ما يبتغيه من أهداف .

الباب الأول

القواعد العامة في بيع ملك الغير

في

الفقه الإسلامي والقانون المدني

الفصل الأول
القواعد العامة لبيع ملك الغير في الفقه الإسلامي

المبحث الأول
ماهية بيع ملك الغير وشروط تحققه في الفقه الإسلامي

٩- تمهيد:

إذ كان موضوع بحثنا هو بيان حكم بيع ملك الغير، فيجدر بنا أن نبين المقصود بـ "الغير" لدي فقهاء المسلمين حتي يستبين أثر بيع هذا الغير بالنسبة لمالك الشئ الحقيقي والمشتري والبائع، ومتي يكون البيع بيعا لملك الغير..؟الخ

١٠- المقصود بـ "الغير" في الفقه الإسلامي:

(أ) أولا: في اللغة:

تطلق كلمة "غير" علي الصفة، أو الإسم: وقد تكون أداة استثناء فإذا كانت صفة فإنها تتبع إعراب ما قبلها، وإذا وردت كأداة استثناء فإنها تعرب إعراب الإسم الواقع بعد "إلا" وقد تأتي "غير" وتكون إسم مثل: هذا غيرك، ومررت بغيرك(١) ومنه قوله تعالى ﴿ **غير المغضوب عليهم ولا الضالين**﴾(٢).

(ب) ثانيا: في اصطلاح الفقهاء:

يستبين من المعني اللغوي للفظ "الغير" أنه يطلق علي المتعاقد الذي...لايملك المعقود عليه وقت البيع، وليست له ولاية في بيع الشئ المملوك للغير، وليس وكيلا في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناء علي عقد

---

(١) أنظر في ذلك: لسان العرب لابن منظور ج٦ باب "الراء" فصل "الغبن" ص٤٤٤ طبعة مصورة عن طبعة بولاق، وانظر: مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، باب الراء- فصل الغين ص٥٩ ط١٣١١هـ.

(٢) سورة الفاتحة - الآية رقم ٧.

وكالة صحيح سواء كانت الوكالة وكالة اتفاقية أو قضائية أو ولاية شرعية، أي لا يكون للعاقد ولاية إنشاء وإصدار العقد.

وبيان ذلك:

(أ) أن عقد البيع يشترط فيه توافر شروط الإنعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم(١)، ولا شأن لنا هنا بشروط الإنعقاد وشروط الصحة وشروط اللزوم -لخروجها عن نطاق البحث- أما شروط نفاذ العقد(٢) فهي التي تتعلق بموضوع بحثنا لأنها هي التي تمثل عنصر الربط بين محل العقد وعناصره الأخري من شرائط الصحة(٣)، وشرطي نفاذ العقد.

أما شرطي نفاذ العقد فهما :

(١) الملك أو الولاية:

وقد عرف الفقهاء الملك بأنه "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة

---

(١) أنظر في بيان هذه الشروط تفصيلا حاشية بن عابدين ج٤ ص٥ وما بعدها ط البابي الحلبي، وبدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص١٣٥ وما بعدها طبعة ١٣٢٨هـ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج٢ ص١٩٥ ، وما بعدها ط١٩٨٢م، والقوانين الفقهية لابن جزئ ص١٦٣ ط بيروت، والمغني لابن قدامه ج٤ ص١١٩ وما بعدها ط بيروت، وانظر د. محمد سلام مدكور- المدخل للفقه الإسلامي- ط دار الكتاب الحديث ص٥٩٣-٦٠٠ .

(٢) النفاذ: يعني في الأصل المعني والجواز، وأطلق عند الفقهاء علي معني العقد دون توقف علي الإجازة أو الإذن- د. وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته ج٤ ص٣٧١ هامش (٢) الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م .

(٣) أنظر: د. محمد المهدي إبراهيم- إيجار ملك الغير- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانونين المدنيين المصري والفرنسي- رسالة من جامعة الأزهر- علي الآلة الضاربة عام ١٩٨٠م ص٩٣.

يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك"(١).

وعرفه بعض العلماء المحدثين بأنه "احتصاص من إنسان بشئ يخوله شرعا الإنتفاع والتصرف فيه وحده ابتداء إلا لمانع"(٢).

ويستخلص من هذه التعريفات أن القيم علي المجنون أو السفيه والوصي علي القاصر لا يعتبر أحدهما مالكا يتصرف في الشئ، علي حين أن المجنون والسفيه والقاصر يعتبر كل منهما مالكا لأن له حق الإستغلال في التصرف والإنتفاع لولا المانع الشرعي هو أنه موضوع تحت ولاية غيره (٣).

والولاية: سلطة شرعية علي النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعا(٤) وهي إما ولاية أصلية وهي أن يتولي الإنسان امور نفسه بنفسه وإما ولاية نيابية، وهي أن يتولي الشخص أمور غيره من ناقصى أو عديمي الأهلية، إما بإنابة الشارع بناء علي أمر عارض جعله علة وسببا لثبوتها كولاية الأب والجد الصحيح(٥) علي الصغير والقاضي ووصي الأب أو الجد أو القاضي(٦) .

وإما أن تكون النيابة مصدرها إنابة مالك الشئ كالوكيل.

---

(١) الفروق للإمام شهاب الدين الصنهاجي القرافي- ط دار المعرفة- بيروت- ج٣ ص٢٠٨، وعرف بن تيميه الملك في القواعد النورانية الفقهية- تحقيق محمد حامد الفقي ط مطبعة السنة المحمدية ص٢١٨ القاهرة بأنه "القدرة الشرعية علي التصرف بمنزلة القدرة الحسية".

(٢) د. عبدالسلام العبادي- الملكية في الشريعة الإسلامية ج١ ص١٥٠ ط مكتبة الأقصي - عمان الأردن.

(٣) أنظر د. وهبة الزحيلي- المرجع السابق ص٣٧١،٣٧٢

(٤) د. محمد سلام مدكور - المرجع السابق ص٤٦٥.

(٥) الجد الصحيح هو أب الأب.

(٦) أنظر في ترتيب الأولياء تفصيلا: البدائع للكاساني ج٥ ص١٥٥ وحاشية بن عابدين - السابق ج٤ ص٦.

ومضمون هذا الشرط أن يكون المبيع مملوكا للبائع، ومن ثم لا يكون بيع الفضولي نافذا لانعدام الملك والولاية، وإن كان ينعقد عند الحنفية موقوفا علي إجازة المالك، بينما تعتبر تصرفات الفضولي باطلة عند الشافعية وهو ما سنبحثه تفصيلا بعد قليل.

٢- ألا يكون المبيع قد تعلق به حق للغير:

ومضمون هذا الشرط أن المبيع إذا كان فيه حق لغير البائع كان العقد موقوفا علي إجازة صاحب الحق فيها وهو مالك الشئ، وعلي هذا لا ينفذ بيع المستأجر للشئ المأجور، وإنما يكون البيع موقوفا علي إجازة المؤجر (المالك)(١).

وترتيبا علي ماتقدم: إذا تخلف أحد الشرطين السابقين كان العقد صحيحا فيما بين المتعاقدين، ولكنه غير نافذ في حق المالك الحقيقي.

كما: أن تصرفات الولي أو الوصي أو القيم أو القاضي، لم تثبت لهم إبتداء، بل بطريق النيابة، ومن ثم لا يعتبرون من الغير علي أساس أن التصرف معقود لهم من قبل الشارع أو علي أساس الإنابة من شخص المالك(٢)، كما لا يعتبر من الغير: الخلف العام أو الخلف الخاص(٣). إلا في

---

(١) أنظر د. وهبه الزحيلي - المرجع السابق ص٣٧٢.

(٢) أنظر د. محمد المهدي إبراهيم- المرجع السابق ص٩٤.

(٣) **الخلف العام** : تعبير قانوني بحت، ولم يوجد في كتب فقهاء المسلمين القدامي، إلا أنه لا يوجد في فقه الشريعة الإسلامية ما يمنع استخدام هذا الإصطلاح الذي يعني: كل من يخلف سلفه بعد موته في كل ذمته المالية أو في كسر حسابي كالثلث أو الربع وذلك كالوارث أو الموصي له بنسبة من التركة .

والخلف الخاص : هو من يخلف شخصا آخر فى شيئ معين أو حق معين كالمشترى لعين معينة ، والموصى له بعين معينة ، يخلف الموصى فى هذه العين .

أنظر فيما سبق: د. عبدالرازق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٥ ص٥٩ وما بعدها ط١٩٦٧، د. عبدالناصر العطار- نظرية الإلتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ص١٩٦ ط١٩٧٨.

... مثل الوصية بأكثر من الثلث، أو التصرف الضار بالدائنين في مرض الموت، أو التصرف في العين المبيعة قبل سداد الثمن بالنسبة للخلف الخاص، وتأسيسا علي ما تقدم فإن الغير في الفقه الإسلامي هو من لايكون مالكا للشئ المبيع وقت البيع، وليست له ولاية أو وصاية علي مالك الشئ، وليس وكيلا في التصرف الذي قام به نيابة عن الغير.

فكل من لايملك العين المبيعة ولا منفعتها، وليس له حق متعلق بها يعتبر من الغير، وإذا باعها علي هذا النحو يكون بائعا لملك غيره وهو مايسمي في الفقه الإسلامي بـ "**الفضولي**" ولذا وجب أن نتكلم عن تعريف الفضالة والفضولي، وحكم تصرفاته حيث يندرج تحتها "**بيع ملك الغير**" وشروط تحقق الفضالة .... إلخ.

١١- التكييف الشرعي لبيع ملك الغير: (عقد فضالة) :

سبق أن ذكرنا أن حق الغير يتعلق بالمحل في صور مختلفة، أهمها وأبرزها أن يكون المحل مملوكا للغير(١)، وهذا هو تصرف "الفضولي" فالفقه الإسلامي يطبق علي بيع ملك الغير أحكام الفضالة فيه، وبائع ملك الغير يسمي "فضوليا" مما يستوجب الحديث بإيجاز عن أحكام الفضالة وتصرفات الفضولي وحكم بيعه لما لا يملك قبل الإجازة من المالك الحقيقي، وبعدها..... إلخ.

١٢- تعريف الفضالة والفضولي:

الفضالة في اللغة:

هي اشتغال الشخص بما لا يعنيه، والفضولي نسبة إلي الفضول جمع الفضل، أي الزيادة، ويجمع علي ما لا خير فيه، وقد غلبت كلمة الفضولي في التعبير عن الزيادة التي لا خير منها، ومن ثم أطلق الفضولي علي من يشتغل بما لا يعنيه(٢).

---

(١) د. عبدالرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٤ ص١٨٣ ط بيروت.

(٢) أنظر: المصباح المنير ج٢ ص٥٧ ط١٣١٥هـ - ١٣١٦هـ وجاء فيه "... الفضل الزيادة، والجمع فصول، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، ولهذا =

وفي اصطلاح الفقهاء:

هي عبارة عن تدخل الشخص في شئون غيره دون إذن ودون ولاية أو وصاية(١)، وقيل ان الفضالة "وصف يقوم شخص يتصرف بمقتضاه في شئون غيره نفسا ومالا بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه وبدون ولاية شرعية ولا وصاية، والذي يصدر عنه العمل يسمي فضوليا"(٢).

فالفضولى في اللغة: هو الشخص الذي يشتغل بما لا يعنيه أو بما ليس له وعمله هذا يسمي "فضالة"(٣).

وعند الفقهاء: "من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع....."(٤) أو "هو الذي غلب في الإشتغال بما لا يعنيه، وما لا ولاية له فيه"(٥) وقد عرفت المادة ٦١٢ من مجلة الأحكام العدلية الفضولي بقولها "الفضولي هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي" .

= نسب إليه علي لفظه، فقيل فضولي لمن يشتغل بما لا يعنيه..." وانظر مختار الصحاح- السابق ص٥٠٦، وانظر في هذا المعني: القاموس المحيط للفيروز بادي ج١ ص٢٢٨ ط دار السعادة بمصر.

(١) د. عبدالمجيد مطلوب- عقد الفضالة دراسة مقارنة ص١٤. ط . ١٩٩٣ م

(٢) فضيلة الشيخ/ أحمد إبراهيم- أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ص٣ وما بعدها، وانظر: المعاملات الشرعية المالية للشيخ/ أحمد أبوالفتح ج٢ ص٣٠٣ ط١٩١٣م-١٣٣٢هـ.

(٣) أنظر المصباح المنير - المرجع السابق - الموضع السابق.

(٤) أنظر في بيان حقيقة الفضالة تفصيلا: فتح القدير للكمال بن الهمام ج٥ ص٣٠٩ وما بعدها ط بولاق ١٣١٦هـ، وبدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص١٩١ وما بعدها ط١٣٢٨هـ، رد المختار لابن عابدين ج٤ ص١٤١ وما بعدها- ط ١٣٢٥، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٦٠ ط١٣٣٤هـ، وجاء فيه "الفضولي في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل، وفتح الفاء خطأ، وقبل الفضولي: من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع..." وانظر الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبي زهرة ص٣٣٢ ط١٩٣٩م.

(٥) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ج٥ ص٣٠٩ ط١٣٨٩هـ.

وعلي ذلك يكون الفضولي هو:

من يتصرف في حق غيره دون إذن منه أو ولاية شرعية عليه(١). كمن يؤجر أو يستأجر لغيره دون ولاية أو توكيل، وكمن يبيع ملك غيره دون تعويض من المالك.

---

(١) ويلاحظ أن معنى الفضالة فى الفقه الإسلامى على هذا النحو تختلف عن الفضالة فى القانون الوضعى ، فالفضالة كما عرفتها المادة ١٨٨ من القانون المدنى المصرى هي " أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك " وهى على هذا النحو يشترط لتحققها عدة شروط هى :

(أ) أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر يسمى رب العمل .

وعمل الفضولى قد يكون عملا ماديا وقد يكون عملا قانونيا ، ومثال العمل المادى أن يجنى محصول رب العمل ، أو أن يرمم داره ، أو أن يوقف حصانا جامحا .. الخ . ومثال العمل أو التصرف القانونى الذى يبرمه الفضولى لحساب رب العمل : أن يؤجر مالا مملوكا لرب العمل ، ولا يشترط فى هذه الحالة أن يكون الفضولى أهلا لمباشرة التصرف القانونى الذى يبرمه ، فهو يبرمه لحساب رب العمل ، ولا يقصد أن ينصرف إليه أثر من آثار ذلك التصرف ، وقد اشترط القانون صراحة أن يكون الشأن الذى تولاه الفضولى عاجلا ، أي يجب القيام به دون توان .

(ب) أن يقصد الفضولى من قيامه بذلك تحقيق مصلحة لرب العمل ، وهذا يقتضى أن يكون الفضولى فى قيامه بعمله على علم من أنه يعمل لحساب غيره حتى ولو وقع فى غلط فى شخص هذا الغير ، وتتحقق الفضالة – حتى ولو كان الفضولى قد قام بعمله تحقيقا لمصلحته الخاصة ولمصلحة رب العمل فى الوقت ذاته ، فالشريك فى الملك الذى يقوم بترميم المال المملوك له ملكية شائعة يعتبر فضوليا بالنسبة لشريكه ، لأنه وإن كان الترميم يحقق له مصلحة فهو يحقق مصلحة شريكه في نفس الوقت (أنظرم ١٨٩ مدني مصري).

(جـ) ألا يكون الفضولي فيما يتعلق بذلك العمل ملتزما به ولا منهيا عنه، فإذا كان الشخص ملتزما بالعمل الذي قام به فإنه لا يعتبر فضوليا أيا كان مصدر إلتزامه، فإذا قام مقاول بترميم منزل مملوك لشخص آخر بناء علي عقد مقاولة مبرم بينهما، فلا يعتبر المقاول فضوليا، لأن العقد يلزمه بهذا العمل، وعلي ذلك يمكن القول بأن الفضالة تتحقق في حالتين: =

١٣- شروط تحقق بيع ملك الغير:

لكي يكون الشخص فضوليا وينطبق عليه وصف "بيع ملك الغير" يشترط أن تتوافر في تصرفه الشروط الآتية:

١- ألا يكون البائع (الفضولي) مالكا للشئ المعقود عليه وقت البيع، فلا يصح بيع ما ليس مملوكا للشخص لقول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه، ثم أبتاعه من السوق، فقال "لا تبع ما ليس عندك"(١) أي ما ليس في ملكك وقدرتك ففي هذا الحديث نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم

الأولي: حالة قيام الفضولي بالعمل دون علم رب العمل.

الثانية: حالة وقوف رب المال موقفا سلبيا رغم علمه بالعمل الذي يقوم به الفضولي. (أنظر فيما سبق تفصيلا: د.محمد لبيب شنب- مصادر الإلتزام ص٤٥٧-٤٦١ ط٧٦-١٩٧٧، د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط ج١ ص١٢٣٤، و د.محمد كامل مرسي شرح القانون المدني الجديد ج٢ ص٣٧٤ ط ١٩٥٤م، د. عبدالمنعم فرج الصدة مصادر الإلتزام ج١ ص٦٢٣ وما بعدها ط١٩٥٨م).

ووجه الإختلاف بين الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي في ماهية الفضولي من حيث أنه هو من يقوم بالعمل لحساب الغير سواء كان تصرفا قوليا أو فعليا، وهو ما يقابل العمل المادي أو التصرف القانوني في فقه القانون الوضعي وبشرط ألا تكون له ولاية إبرام التصرف، ثم يختلف القانون الوضعي بعد ذلك عن الفقه الإسلامي حيث يشترط القانون الوضعي بالنسبة للفضولي أن يقوم بعمل عاجل وضروري لرب العمل تفضلا منه بلا ولاية، أو وكالة، أو وصاية، بخلاف الفقه الإسلامي الذي لا يشترط ذلك، ومن ثم فيفترض في الفضولي حين قيامه بعمل من أعمال الفضالة أن يقوم بذلك علي سبيل التبرع والإحتساب ابتغاء مرضاة الله عز وجل (أنظر في ذلك: د/عبدالرازق حسن فرج- نظرية العقد الموقوف- رسالة من جامعة الأزهر عام ١٩٦٨م ص١١٩).

(١) الحديث رواه الخمسة، وأخرجه أيضا ابن حبان في صحيحه، وقال الترمذي حسن صحيح- أنظر: نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص١٥٥ ط مكتبة دار التراث، وانظر: الأم للإمام الشافعي ج٣ ص٦٠ ط بولاق ١٣١٥هـ.

عن بيع الشئ غير المملوك للبائع، والنهي يقتضي الفساد والبطلان، وذلك لعدم القدرة علي تسليم المبيع للمشتري.

٢- ألا يكون العاقد مأذونا له في التصرف من الشرع، فإذا كان المتصرف مأذونا له من الشرع في إبرام التصرف لم يكن فضوليا، ومن ثم لا ينطبق عليه وصف "بائع ملك غيره" كولاية الأب أو الجد علي الصغير، وولاية الوصي المختار من قبل الولي أو وصيه، وولاية الولي المنصوب من قبل القاضي، فالصغير، والمجنون، والمعتوه محجور عليهم لذاتهم، فهم ممنوعون شرعا من التصرف في أموالهم، لذلك يقام عليهم ولي شرعي، أو وصي مختار، أو منصوب لإدارة شئونهم ضمن حدود وشروط معينة(١)،ومن ثم يقوم الولي أو الوصي مقامهم في إدارة شئونهم والتصرف في أمورهم باسم الولاية أو الإذن الشرعي، ويعتبر تصرفه نافذا في حقهم رضوا أم لم يرضوا(٢).

٣- ألا يكون العاقد (البائع) وكيلا في التصرف الذي قام به نيابة عن غيره بناء علي عقد وكالة صحيح(٣) بمعني أن يكون تصرف الوكيل في نطاق وكالته ولا يتجاوزها، ولأن الوكالة ولاية اختيارية خاصة تثبت بها ولاية التصرف للوكيل باختيار الموكل: كان كل ما جاز للشخص من التصرفات الشرعية والعقود، له أن يوكل غيره في إبرامه إلا الأعمال التي اشترط الشارع

---

(١) أنظر د. محمد سلام مدكور - المرجع السابق ص٤٦٨-٤٧٢.

(٢) د. عبدالمجيد مطلوب- الفضالة- دراسة مقارنة- ص٦.

وانظر الشيخ/ علي الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ص١٣٠ ط١٩٦٤م.

(٣) **الوكالة: لغة:** بفتح الواو وكسرها: التفويض والتسليم: والوكيل الجرئ، والتوكيل هو اظهار العجز والإعتماد علي الغير (أنظر: لسان العرب لابن منظور ج١١ ص٧٧٤ ط بيروت ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م)

وشرعا: تفويض شخص لغيره ما يفعله نيابة عنه فيما يقبل النيابة شرعا (أنظر في ذلك: نهاية المحتاج ج٤ ص١١ ط١٢٩٢هـ: مواهب الجليل للحطاب ج٥ ص١٨١ ط١٣٢٩هـ- وشرح منتهي الإرادات للبهوتي ج٢ ص٢٩٩-٣٠٠ ط١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م).

أن يتولاها الشخص بنفسه كاستيفاء القصاص من الجاني واليمين[1] -علي تفصيل في ذلك ليس هذا مجاله- والعبادات البدنية كالصلاة.. إلخ.

وتأسيسا علي ما تقدم: إذا لم يكن البائع مالكا للمبيع وقت العقد، ولم يكن مأذونا له في التصرف بمقتضي ولاية أو وكالة: كان بيعه للشئ بيعا لملك الغير، ويكون فضوليا تنطبق عليه أحكام الفضالة، وسنعود إلي تفصيل ذلك عند حديثنا عن حكم بيع ملك الغير في المبحث التالي من هذا البحث .

---

(١) أنظر في ذلك: المهذب للشيرازي ج٢ ص٣٥٧ ط١٣٧٩هـ: وبداية المجتهد ج٢ ص٣٤٦ ط١٩٧٥م والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٥١ ط١٣٨٧هـ.

المبحث الثاني
حكم بيع ملك الغير (بيع الفضولي)

١٤- إجمال لآراء الفقهاء في حكم بيع ملك الغير (تعداد) :

اختلفت آراء فقهاء المسلمين في حكم بيع ملك الغير، فمنهم من قال بأن بيع ملك الغير باطل، ومنهم من قال بأن بيع ملك الغير صحيح، ومنهم من قال بأنه باطل ولكن البطلان يستند إلي أساس فني وأخلاقي، وسنعرض لهذه الآراء وأدلة كل منها مع بيان الراجح وسنده كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول
رأي القائلين ببطلان بيع ملك الغير (عدم انعقاد بيع الفضولي) :

١٥- مضمون هذا الرأي :

ذهب بعض المالكية(١) وأهل الظاهر(٢)، والشافعي في الجديد(٣) وإحدي الروايتين عن أحمد(٤) وأبوثور وابن المنذر(٥) والشيعة الأمامية(٦) والزيدية(٧) والأياضية(٨) في إحدي الروايتين عندهم إلي القول بأن بيع الفضولي لملك غيره باطل بطلانا مطلقا ولا ينتج أي أثر بين المتعاقدين،

---

(١) الفروق للقرافي ج٣ ص٢٤٤ ط بيروت.

(٢) المحلي لابن حزم ج٨ ص٤٣٤ ط١٣٥٠هـ .

(٣) المجموع للنووي ج٩ ص٢٥٩ ط مطبعة التضامن الأخوي بمصر بإشراف إدارة الطباعة المنيرية، ونهاية المحتاج للرملي ج٣ ص٢٣ وما بعدها ط١٢٩٢هـ .

(٤) الشرح الكبير لابن قدامه المقدسي ج٤ ص١٩ ط بيروت .

(٥) المجموع للنووي ج٩ ص٢٥٩ ط المطبعة المنيرية بالقاهرة .

(٦) مفتاح الكرامة للعاملي ج٤ ص١٨٤ وما بعدها ط١٣٢٦هـ .

(٧) شرح الأزهار المنتزع من الغيث الأدرار لعبدالله بن مفتاح ج٣ ص٤١ ط١٣٣٢هـ .

(٨) شرح النيل وشفاء العليل للشيخ/ محمد أطفيش ج٤ ص١٣٦ ط١٣٤٣هـ .

ولا بالنسبة للغير، ولا يصح هذا البيع حتي لو أجازه صاحب الشأن (المالك الحقيقي) وحتي لو انتقلت ملكية المبيع إلي البائع، لأن الإجازة تؤثر في عقد موجود، وهذا العقد لا وجود له منذ نشأته، فلا تصيره الإجازة موجودا(١)، والطريقة المثلي لتصحيح هذا البيع هي: أن يعاد إبرام العقد من جديد بين المشتري والبائع ، لأن العقد الأول لا وجود له ويعتبر كأن لم يكن(٢) .

كما أن أصحاب هذا الرأي أسسوا رأيهم علي أن الملكية والولاية شرط من شروط انعقاد العقد، وحين تصرف الفضولي دون ولاية ولا ملك وجب القول بانعدام العقد أصلا فيكون باطلا ولا يرتب أي حكم (٣).

١٦- أدلة أصحاب هذا الرأي (إجمال) :

استدل أصحاب هذا الرأي علي ما ذهبوا إليه من بطلان بيع ملك الغير (بيع الفضولي) بالكتاب والسنة والقياس والمعقول.

١٧- الدليل من القرآن الكريم:

آيات كثيرة منها قوله تعالى:﴿ **يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم....**﴾(٤).

ووجه الإستدلال من الآية:

أن العقد الذي أوقعه البائع علي ملك غيره بدون ولاية أو وكالة يعتبر أكلا لأموال الناس بالباطل، لعدم وجود رضا المالك(٥)، ولايمكن أن تصحح الإجازة اللاحقة عقدا باطلا(٦)، وبهذا يكون عقد الفضولي باطلا وغير منعقد

---

(١) د. وهبة الزحيلي – المرجع السابق ص١٦٨.

(٢) راجع في ذلك: المجموع للنووي ج٩ ص٢٦٤، والمحلي لابن حزم ج٨ ص٤٣٥.

(٣) المجموع للنووي – ج٩ ص٢٥٩، والأم للشافعي ج٣ ص١٤ ط١٣٢١هـ.

(٤) سورة النساء – آية رقم ٢٩ . (٥) أنظر تفسير بن كثير ج١ ص٤٧٩ ط١٤٤٠هـ ، وانظر أحكام القرآن لعماد الدين الطبرى ج١ ص٤٣٨-٤٧٩ ط ١٤٠٣هـ .

(٦) أنظر: . عبدالهادي الحكيم في عقد الفضالة- رسالة دكتوراة من جامعة بغداد علي الآلة الضاربة بعنوان "عقد الفضولي" عام ١٩٦٩م ص٣٤.

لانعدام ركن من أركانه وهو عدم وجود رضا مالك الشئ المبيع.

وقوله تعالى ﴿ **قل أغير الله أبغي ربا وهو رب كل شئ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى.... الآية**﴾(١).

ووجه الإستدلال من الآية: أنها أفادت بطريق الحصر أن كسب الإنسان يكون عليه لا علي غيره ، ولو صح تصرف الفضولي لكان ذلك إسنادا لكسب الإنسان إلي غيره، وهو ما يتنافي مع دلالة الآية(٢)، كما أن الآية تدل علي أن الفضولي في عقد البيع لا يستطيع ولا يمكنه أن يملك المشتري المبيع ولا أن يملك المالك الثمن(٣).

وقد نوقش هذا الإستدلال من قبل أصحاب الرأي الثاني (القائل بصحة عقد الفضولي مع توقفه علي إجازة صاحب الشأن) بما يلي:

(أ) بالنسبة للآية الأولي: العقد في حالة بيع الفضولي لا ينتج أثره إلا إذا لحقته الإجازة، وقبلها يكون موقوفا، فلا يترتب عليه أكل أموال الناس بالباطل، وبهذا يكون الإعتراض غير وارد(٤).

وبالنسبة للآية الثانية: يقولون أن المالك هو الذي يلزم نفسه بالإجازة وقبلها لا ينتج العقد أي أثر.

ويمكن الرد علي ذلك بأن: إجازة المالك لعقد الفضولي لا تصحح هذا العقد لأن الإجازة لا تصحح عقدا باطلا (٥) .

كما أن إلزام المالك نفسه بإجازة عقد الفضولي إنما هي بمثابة عقد جديد توافر فيه الرضا، لأن العقد الأول لا وجود له لإنعدام الرضا فيه، والإجازة هي عبارة عن عقد جديد بين المالك والمشتري.

---

(١) سورة الأنعام – الآية رقم ١٦٤.

(٢) أنظر: د. لاشين الغياتي – بيع ملك الغير في القانون المدني والفقه الإسلامي- دراسة مقارنة ط١٩٨٦م ص١٢٧.

(٣) أنظر المحلي لابن حزم ج٨ ص٤٣٥ ط ١٩٥٨.

(٤) أنظر: د. محمد المهدي إبراهيم – المرجع السابق ص٦٠.

(٥) **أنظر**: د. لاشين الغياتي – المصدر السابق – الموضع السابق.

ـ ـ بـ من السنة النبويه السريفه.

استدل اصحاب هذا الرأي من السنة بما يلي:

(أ) ما رواه أبوداود والنسائي والترمذي وابن ماجة وغيرهم أن حكيم بن حزام قال "أتيت رسول الله صلي الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أأبتاع لـه من السوق ثم أبيعه؟ قال: لاتبع ما ليس عندك"(١).

ففي هذا الحديث نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن بيع الشئ غير المملوك للبائع، وأن بيعه يعتبر باطلا لأنه تصرف صدر فيه نهي من الشارع الحكيم، والنهي يقتضي البطلان(٢). وقد نوقش هذا الإستدلال من قبل القائلين بصحة بيع ملك الغير: بأن النهي الوارد في الحديث خاص ببيع المعدوم(٣)، أو أن النهي وارد علي حالة ما إذا باع الشخص شيئا ليس عنده، ثم يشتريه بعد ذلك، ويسلمه للمشتري تنفيذا للعقد المبرم بينهما: وهذا غير ممكن، لأن الحادث يثبت مقصورا علي الحال ولا يسبق حكمه سببه(٤).

ولكن يجاب عن ذلك: بأن معني "لا تبع ماليس عندك" ليس هو بيع المعدوم وإنما هو بيع "ما ليس في ملكك وقدرتك"(٥)، كما أن الشخص إذا باع شيئا لا يملكه، ثم اشتراه بعد ذلك، وسلمه للمشتري، إنما هو بهذا التصرف يعاود عمل عقد جديد مع المشتري باعتباره مالكا لأن العقد الأول لا وجود له لانعدام رضا المالك من ناحية وانعدام المحل بالنسبة للبائع من ناحية ثانية.

---

(١) الحديث رواه الخمسة وأخرجه ابن حبان في صحيحه، وقال الترمذي حسن صحيح- أنظر نيل الأوطار للشوكاني- السابق ج٥ ص١٥٥.

(٢) أنظر: المجموع للنووي ج٩ ص٢٨٦.

(٣) أنظر في هذا بدائع الصنائع للكاساني ج٦ ص٣٠١٩ وانظر الملكية ونظرية العقد للشيخ/ محمد أبوزهرة ص٣٩٦.

(٤) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ج٥ ص٣٠٩.

(٥) أنظر في هذا منتقي الأخبار مع نيل الأوطال ج٥ ص١٥٥.

(ب) ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة وغيرهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلي الله عليه وسلم قال "لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك"(١).

ووجه الدلالة من الحديث: أن الرسول صلي اللـه عليه وسلم نهي عن بيع ما لا يملك الإنسان، والفضولي لا يملك ما يبيعه فلا يصح تصرفه، والنهي في الحديث يقتضي البطلان، وذلك لعدم القدرة علي تسليم المبيع للمشتري(٢).

وقد نوقش هذا الحديث من قبل القائلين بصحة بيع ملك الغير بأن النهي ورد علي تصرفات تنتج آثارها في الحال، أما تصرفات الفضولي فتتوقف علي إجازة صاحب الشأن، ومن ثم فهي لا تنتج أثرها حالا(٣).

ولكن يجاب عن ذلك: بأن تصرفات الشخص فيما لا يملكه (الفضولي) باطلة لأنها فاقدة للشرط والسبب، أما السبب فلأن جواز التصرف في العقود وحلول الملك، سبب وعلة له، وأما الشرط فلعدم القدرة علي التسليم(٤)، هذا فضلا علي أن إعمال النص أولي من إهماله، وما لا يحتاج إلي تأويل أولي مما يحتاج إلي تأويل، ونص الحديث صريح حين قال "ولا بيع إلا فيما تملك".

(جـ) ما روي عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلي اللـه عليه وسلم قال: "لايحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح مالم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك"(٥).

ووجه الإستدلال من الحديث أنه صريح في النهي عن بيع ما لا يملكه

---

(١) أنظر: سنن أبى داوود ج ١ ص٣٤٢ - كتاب تفريع أبواب الطلاق - الناشر دار الكتاب العربى ، بيروت .

(٢) راجع: المجموع للنووي ج٩ ص٢٦٣ وما بعدها .

(٣) أنظر: د. عبدالمجيد مطلوب - المرجع السابق ص٣٧ .

(٤) مفتاح الكرامة للعاملي ج٤ ص١٨٥ط ١٣٢٦هـ.

(٥) الحديث رواه الخمسة إلا بن ماجة فإن له منه ربح مالم يضمن، وبيع ما ليس عندك، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح- أنظر نيل الأوطار للشوكاني- السابق ج٥ ص١٧٩.

الإنســان كبيع الفضــولي فهو لا يملك ما يبيعــه حال العقـد، والنهي يقتضي البطلان كما سبق.

١٩- الإستدلال بالقياس:

يري أنصار بطلان بيع ملك الغير أن من بـاع ملـك غيره (الفضولـي) إنما يكون قد باع شيئا لا يقدر علي تسليمه إلي المشتري، فهو بذلك يكون كبيـع الآبق، وبيع السمك في الماء، والطـير فـي الهـواء، وهـذه كلهـا بيـوع فاسـدة أو باطلة(١) بإجماع الفقهاء(٢).

وقد نوقش هذا الدليل من قبل القائلين بصحة جواز بيع ملك الغير:

بأن قياس بيع ملك الغير علي بيوع الغرر -كبيع السمك في الماء والطير في الهواء- قياس مع الفارق، ذلك ان عدم جواز البيع في هذه الحالات إنما هو لانعدام محل العقد، أما بيع ملك الغير فمحله موجود إلا أنه مملوك لغير البـائع ومن ثم لا ينفذ إلا بأجازة صاحب الحق، وعلي ذلك يكون القياس الذي يقولـون به قياس غير صحيح لأن من شروط القياس أن يكون متفقا عليه(٣).

ولكن يجاب عن ذلك: أن علة بطلان بيع العبد الآبق والطير في الهــواء

---

(١) أنظر في ذلك الخلاف الشهير بين الحنفية وغـيرهم مـن الفقهـاء فـي الفرق بيـن البـاطل والفاسد: البحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٧٥ والمجمـوع للنووي ج٩ ص١٤٥، حاشـية الدسوقي علي الشرح الكبير ج٣ ص٥٣ ط١٣٠٩هـ، والمجمـوع للنـووي- ج٩ ص١٤٥ ط المطبعـة المنيريـة بالقـاهرة، والإحكـام فـي أصـول الأحكـام للأمـدي ج١ ص١٨٧ ط١٣٧٧هـ - ١٩١٤م وجاء فيه "وأما الفاسد فمرادف للباطل عندنا وهو عند أبـي حنيفـه قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل" ونكتفي بهذا القدر من بيان هذا الشأن لخروجـه عـن نطاق البحث.

(٢) أنظـر: مختصـر المزنـي وهـو مطبـوع علـي هـامش كتـاب "الأم" للإمـام الشـافعي ج٢ ص٢٠٤ والمغني لابن قدامه- السابق ج٤ ص٢٧١،٢٧٢ ، ونيل الأوطار للشوكاني ج٥ ص١٤٧.

(٣) د. عبدالرزاق حسن فرج- نظرية العقد الموقوف فـي الفقـه الإسـلامي دراسـة مقارنـة- رسالة دكتوراة من جامعة القاهرة عام ١٩٦٨-١٩٦٩م ص٦٦.

والسمك في الماء: الغرر(١)، وهذه العلــة متوافرة في بيع ملك الغير، لأن "بيع الشئ يقتضي تسليمه وإلا لحقه -المشتري- الغرر"(٢) فإذا تعذر تسليم المبيع كان ذلك غررا يستوجب بطلان العقد، وهو مايتحقق في بيع الفضولي لأنه يتعذر عليه تسليم المبيع إلي المشتري لأنه غير مالك له وقت البيع. وبالتالي يكون بيعه باطلا(٣).

٢٠- الإستدلال بالمعقول:

يري أنصار الرأي القائل ببطلان بيع ملك الغير أن الشخص الذي يبيع ملك غيره يعتبر تصرفه باطلا لأنه صدر عن غير ذي ولاية شرعية ولا وكالة(٤) إذ أنه ليس مالكا ولا نائبا عن المالك، فالملكية أو الولاية شرط من شروط إنعقاد التصرف، فإذا لم يتوفر شرط الإنعقاد كان التصرف باطلا(٥). كما أنه لا معني للعقد إلا كونه مفيدا للحكم الذي وضع له، فإذا امتنع افادته للحكم كان باطلا(٦)، هذا فضلا عن أن الفضولي يعتبر غير قادر علي تنفيذ تصرفه، وهذا يجعل عمله عرضة للبطلان إذا لم تحصل إجازة لهذا التصرف من المالك، فيضيع وقته سدي، ثم إنه قد ثار تساؤل مقبول حول ما إذا باع الفضولي مال غيره؟ هل يملك المشتري الشئ المباع من الفضولي وقت البيع أم لا؟ إن كان لم يملكه وقت العقد، فكيف يملكه وقت الإجازة؟ وإن كان قد ملكه وقت العقد فكيف يبطله المالك إن لم يرض بعمل الفضولي(٧)؟

---

(١) أنظر: مختصر المزني- السابق ص٢٠٤، بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص١٧٩، ١٨٠، والقوانين الفقهية لابن جزئ ص١٦٩، والمغني لابن قدامه ج٤ ص٢٧١ وما بعدها.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص١٧٢.

(٣) جاء في متن البهجة وشرح الشيخ/ زكريا الأنصاري عليها ج٢ ص٤٠٦ ط١٢٥٨هـ ما نصه "فلا يصح بيع الفضولي لأنه لا يقدر علي تسليمه كالآبق وأولي".

(٤) والولاية لا تكون إلا بالملك أو بالاذن من المالك.

(٥) أنظر: د. وهبة الزحيلي- المرجع السابق ج٤ ص١٦٩.

(٦) أنظر: المجموع في فقه الشافعيه ج٩ ص٢٦٢، ٢٦٣ ، والمحلي لابن حزم ج٨ ص٤٣٧ ط١٣٥٠هـ.

(٧) أنظر في عرض هذا الرأي: د. عبدالرزاق حسن فرج- الموضع السابق ص٦٦-٦٧.

وقد ناقش أصحاب الرأي القائلين بصحة بيع ملك الغير هذا الدليل من وجهين:

أولهما: أن الولاية في العقد شرط من شروط النفاذ لا من شروط الإنعقاد(١). وتخلف شرط النفاذ يترتب عليه وقف نفاذ العقد علي إجازته ممن له الحق فيها شرعا لا أن يقال ببطلانه(٢).

ثانيهما: القول بأن الحكم لا ينفصل عن سببه قول تعوزه الدقة، لأن تأخر الحكم عن السبب لا يجعله لغوا، إذ الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر عنه كما في البيع بشرط الخيار(٣) ينعقد فيه السبب بالإيجاب والقبول، ويتراخي الحكم إلي وقت الإجازة، "وإجازة المالك أو صاحب الشأن تجعل الشئ مملوكا للمشتري من وقت العقد، وإن رد فلا ضير عليه، إذ مال المالك محفوظ له"(٤).

ولكن يجاب عن ذلك:

أولا: أن القول بأن الولاية شرط من شروط النفاذ لا من شروط الإنعقاد قول غير مسلم به، وكان هذا محل خلاف بين الفقهاء، بل أن أكثرهم يري أن الولاية شرط من شروط انعقاد التصرف(٥) لا من شروط النفاذ والأخذ بهذا الرأي يستوجب القول بعدم انعقاد تصرف الفضولي وبالتالي يكون باطلا.

ثانيا: أن القول بأن تأخر الحكم عن السبب لا يجعله لغوا قول غير مضطرد في كل الأحوال باعتراف القائلين بصحة بيع ملك الغير أنفسهم(٦)،

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ج٥ ص٢٨١.

(٢) أنظر: إبن نجيم المصدر السابق ج٥ ص٢٨١، د. عبدالرازق حسن فرج- المرجع السابق ص٦٨، د. محمد زكي عبدالبر في بحث له بعنوان "العقد الموقوف" منشور بمجلة القانون والإقتصاد، والتي تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة- السنة ٢٥ في العددين الأول والثاني- مارس ويونيو ١٩٥٠ ص١٣.

(٣) أنظر: المبسوط للسرخسي ج١٣ ط١٣٣١هـ ص١٥٤ وما بعدها

(٤) انظر: د. عبدالرازق فرج- المرجع السابق ص٦٧-٦٨

(٥) المجموع للنووي ج٩ ص٢٥٩، والأم للإمام الشافعي ج٣ ص١٤ ط١٣٢١هـ.

(٦) أنظر: المبسوط للسرخسي - الموضع السابق.

لأن إعلان الإرادة يجب أن يترتب عليه في الحال كل الآثار التي أوجبها الشارع لمثل هذا التصرف(١)، فإذا باع الشخص شيئا إلي الغير وجب أن تنتقل ملكية المبيع في الحال، وذلك مستحيل لأن البائع لا يملك ما باعه، وهذا التناقض يجعل العقد باطلا(٢) لانعدام الرضا الصادر من ذي ولاية شرعية، وهذا ما حدا بأنصار الرأي القائل ببطلان بيع ملك الغير إلي القول بأنه "ليس من المنطقي في شئ ألا يصح عقد حين عقده، ثم يصح في وقت آخر غير الوقت الذي انعقد فيه"(٣).

وبهذا يتبين لنا سلامة أدلة القائلين ببطلان بيع ملك الغير وخلوها من الإعتراضات والمآخذ في جملتها.

---

(١) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور. محمد وحيدالدين سوار رسالة دكتوراة من كلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٦٠ علي الآلة الضاربة ص٤٥٢-٤٥٦.

(٢) أنظر: د. محمد المهدي – المرجع السابق ص١٦٣.

(٣) المحلي لابن حزم ج٨ ص٤٣٧ ط١٣٥٠هـ وانظر في هذا المعني: منار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان ص٣٠٨ ط١٣٧٨هـ.

المطلب الثاني

رأي القائلين ببطلان بيع ملك الغير لاستناده إلي أساس أخلاقي وفني.

٢١- مضمون هذا الرأي وأدلته:

يري بعض الفقهاء[١] أن بيع الشخص ملك غيره بيع باطل، وهذا البطلان يستند إلي أساس أخلاقي هو عدم جواز التصرف في ملك الغير دون إذن شرعي، كما يستند إلي أساس فني هو -عند البعض- انعدام عنصر من عناصر تكوين التصرف القانوني وهو الرضا الذي لا يوجد شرعا إلا بتلاقي إرادتين ينتج عنها أثر شرعي في الحال، وعند البعض الآخر منهم- إنعدام المحل شرعا، فالبائع قد يتمكن من تسليم المبيع إلي المشتري، وفي هذه الحالة يسبغ عليه الفقهاء وصف الغاصب ولا يعترفون بهذا التسليم الذي لا يترتب عليه أي حق ولا يرتب أي أثر، لأن عقد البيع باطل إما لانعدام الرضا أو لانعدام المحل كم سبق بيانه. وهذا الرأي لا يخرج في مضمونه رأدلته عن الرأي السابق، ومن ثم يحسن القول بالإحالة إليه .

---

(١) د. عبدالمجيد مطلوب - الفضالة ص٣٩، وانظر في عرض هذا الرأي تفصيلا: د. لاشين محمد يونس الغياتي- المصدر السابق ص١٣٣، د. محمد المهدي إبراهيم - المرجع السابق ص١٦٤.

المطلب الثالث

رأي القائلين بصحة بيع ملك الغير (الفضولي) :

٢٢- مضمون هذا الرأي:

ذهب فقهاء الحنفية(١)، وأكثر فقهاء المالكية(٢) واسحق بن راهوية(٣)، والحنابلة في إحدي الروايتين عن أحمد، وتابعه في ذلك بعض فقهاء المذهب(٤) والإمام الشافعي في مذهبه القديم، وحكي عن المذهب الجديد هذا الرأي أيضا(٥) والشعبة الزيدية والإمامية وكذلك الشعبة

---

(١) المبسوط للسرخسي ج١٣ ص١٥٣، ط١٣٣١هـ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص٧٦ ط١٣٣٤، وجامع الفصوليين لابن قاضي سماوة ج١ ص٢٢٧ ط١٣٠٠هـ وبدائع الصنائع للكاساني ج٥ ص١٤٨ ط١٣٢٨هـ

(٢) جاء في كتاب القوانين الفقهية لابن جزي ص١٦٣ ط بيروت ما نصه "فأما الشراء لأحد بغير إذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولي، فينعقد ويتوقف علي إذن ربه" وانظر: مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٢٤٦ ط١٣٢٩هـ، وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ج٣ ص١١-١٢ ط١٣٢٩هـ، وجواهر الإكليل للآبي الأزهري ج٢ ص٥ ط١٣٦٦هـ ١٩٤٧م، والفروق للقرافي المالكي ج٣ ص٢٤٢ ط١٣٤٧هـ

(٣) أنظر: المجموع للنووي ج ٩ص٢٥٩، والأم للإمام الشافعي ج٣ ص١٥ ط١٣٢١هـ

(٤) جاء في الشرح الكبير لابن قدامه المقدسي ج٤ ص١٦ ط بيروت ما نصه "إذا اشتري بعين مال غيره، أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان (**إحداهما**) لا يصح البيع وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر، (**والثانية**) يصح البيع والشراء ويقف علي إجازة المالك، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل، وهو قول مالك وإسحق وبه قال أبوحنيفه في البيع" وانظر: القواعد لابن رجب الحنبلي ج٤ ص٢٠٥-٢٠٦ ط١٣٩٢هـ

(٥) جاء في شر البهجة للأنصاري علي متن البهجة للعلامة بن الوردي ج٢ ص٤٠٦ ط المطبعة اليمنية بمصر ما نصه "وفي القديم موقوف وحكي عن الجديد أيضا" وجاء في المجموع للنووي ج٩ ص٢٥٩ - السابق ما نصه "والقول الثاني وهو القديم أنه ينعقد" موقوفا علي إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لغا" وأنظر في هذا المعني: نهاية المحتاج ج٣ ص٢٤ ط١٣٠٤هـ، والأم للإمام الشافعي ج٣ ص١٠ ومغني المحتاج للشربيني الخطيب ج٢ ص١٥ ط١٣٥٢هـ .

الأباضيـــة(١) إلـي أن بيـع ملـك الغير(الفضولـــي) صحيـح لتوافـر أركانـه وشروطه، فهو قسم من أقسام العقد الصحيح(٢)، وإن كان بعض فقهاء الحنفيـة يجعلونه قسما مستقلا بذاته يمكن أن يكون صحيحا، ويمكن أن يكـون فاسدا(٣) إلا أن بعض الفقهاء المحدثين لم يقبل هذا الرأي(٤).

فبيع ملك الغير -عند أصحاب هذا الـرأي- صحيـح، إلا أنـه لا ينتـج أي أثر فيما بين المتعاقد ولا بالنسبة للغير، إلا إذا أجـازه المـالك الحقيقـي وعندئذ تتقرر صحته منذ انعقاده، وينتج جميع آثاره بأثر رجعي -أي منذ الإنعقاد- بناء علي قاعدة "الإجازة اللاحقة كالإذن السابق" فهو إذن عقد موقـوف علـي إجـازة صـاحب الشـأن، وهـو مـن صـدر التصـرف لأجلـه، إن أجـازه نفـذ، وإن رده بطل(٥).

٢٣- أدلة أصحاب هذا الرأي (إجمال):

استدل أصحاب هذا الرأي علي ما ذهبوا إليه من صحـة بيـع ملـك الغير (بيع الفضولي) مع توقفه علي إجازة صـاحب الشـأن بالكتـاب والسـنة والقيـاس والمعقول.

٢٤- الدليل من القرآن الكريم:

(أ) استدل أصحاب هذا علي ما ذهبوا إليـــــه بعمـوم الآيات الدالة علي

---

(١) أنظر: في فقه الشيعة الزيدية: المنتزع المختار ج٣ ص٤١ وفي فقـه الشيعة الإمامية، مفتاح الكرامة للعاملي ج٤ ص١٨٤، وفي فقه الأباضيـة شـرح النيل وشـفاء العليل ج٤ ص١٣٦.

(٢) حاشية بن عابدين ج٤ ص٣-٤ ، ص١٠٤-١٠٥ ط١٣٢٤هـ

(٣) أنظر: فتح القدير ج٥ ص١٨٤-١٨٥ط١٣١٧هـ .

(٤) د. محمد زكي عبدالبر في مقاله "العقد الموقوف" السابق ص١١٦-١٢٢

(٥) أنظر في عرض هذا الرأي: د. وهبـه الزحيلـي - المرجـع السـابق ص١٦٧، د. محمد المهدي إبراهيم - المرجع السابق ص١٦٦.

مشروعية البيع مثل قوله تعالي ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾(١) وقوله تعالي ﴿ **يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾(٢) وقوله تعالي ﴿ **فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله** ﴾(٣).

ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن الله عز وجل شرع البيع والتجارة وابتغاء الفضل بنصوص عامة لم تفرق بين البيع الصادر من المالك بطريق الأصالة أو بطريق الوكالة ابتداء، أو انتهاء حين يصبح الشخص وكيلا بالإجازة(٤)، كما أن هذه النصوص العامة لم تفرق في حل البيع سواء كان نافذا أو موقوفا "وسواء وجد الرضا من المتعاقدين في الإبتداء أو وجد عند صدور الإجازة ممن يملكها في الإنتهاء، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل"(٥).

كما استدلوا بقوله تعالي ﴿ **وتعاونوا علي البر والتقوي** ﴾ (٦) .

ووجه الإستدلال من الآية: أن من يبيع ملك غيره (كالفضولي) يكون فعله من قبيل البر والتعاون فيكون مشروعا(٧) وخاصة إذا كان يراعي في تصرفه مصلحة المالك حين البيع، ولن يترتب علي تصرفه ضرر لأنه بيعه سيكون غير نافذ في حق المالك إلا إذا أجازه (٨).

ولكن يمكن الرد علي ذلك:

بأن عموم الآيات السابقة وردت في مشروعية البيع الذي استكمل أركانه

---

(١) سورة البقرة - الآية رقم ٢٧٥.

(٢) سورة النساء - الآية رقم ٢٩.

(٣) سورة الجمعة - الآية رقم ١٠.

(٤) أنظر: البدائع للكاساني ج٥ ص١٤٨-١٤٩

(٥) د. عبدالرازق حسن فرج - المصدر السابق ص٥٥.

(٦) سورة المائدة - الآية رقم ٢.

(٧) أنظر: الفروق للقرافي ج٣ ص٢٤٣.

(٨) أنظر: المجموع للنووي ج٩ ص٢٦٢.

وشروط انعقاده وشروط صحته ونفاذه، وبيع الفضولي لم يستكمل شروط الإنعقاد لانعدام الرضا من المالك الحقيقي، وفقدان المحل وهو عدم ملكية المعقود عليه للبائع وقت البيع، كما أن الولاية اللازمة لنفاذ العقد يعتبرها كثير من الفقهاء من شروط الإنعقاد لا من شروط النفاذ كما سبق بيانه عند عرض رأي من يقولون ببطلان بيع ملك الغير (الفضولي) .

٢٥- الدليل من السنة النبوية الشريفة:

ما روي عن عروة البارقي رضي الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري به أضحية أو شاة فاشتري به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فأتاه بشاة ودينار، "فدعا له بالبركة في بيعه"، فكان لو اشتري ترابا لربح فيه"(١) رواه الخمسة إلا النسائي، وقد أخرجه البخاري ضمن حديث ولم يسق لفظه (٢).

ووجه الدلالة من الحديث أن عروة شري مالم يوكل بشرائه وباع كذلك بدون أمر النبي صلي الله عليه وسلم، ولم يبطل النبي صلي الله عليه وسلم عقده، بل أقره عليه، فدل ذلك علي أن مثل هذا التصرف صحيح ينتج أثره بالإجازة(٣)، ولو كان باطلا لرده وأنكر عليه تصرفه.

---

(١) سبل السلام للصنعاني ج٣ ص٣١ الناشر دار الفتح الإسلامي - الإسكندرية .

(٢) الحديث رواه الخمسة إلا النسائي، وقد أخرجه البخاري ضمن حديث ولم يسق لفظه، وأورد له الترمذي شاهدا من حديث حكيم بم حزام وهو "أن رسول الله صلي الله عليه وسلم بعث به بدينار ليشتري له أضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع واشتري أضحية بدينار، وجاء بدينار إلي النبي صلي الله عليه وسلم فتصدق به ودعا له أن يبارك في تجارته" رواه أبوداود في البيوع، وروي هذا الحديث الترمذي عن طريق أبي كريب عن أبي بكر بن عياض عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام (نصب الراية ج٤ ص٩٠، ٩١ ط١٣٥٧هـ، وانظر: سبل السلام للصنعاني ج٣ ص٣١.

(٣) أنظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج٤ ص١٠٣ ط١٣١٤هـ، وبدائع الصنائع ج٦ ص٣٠٢٠، والمبسوط للسرخسي ج٤ ص١٠٣، وفتح القدير ج٥ ص٣٠٩، ٣١٠ ، مجمع الأنهر شرح ملتقي الأبحر ج٢ ص٧٢ ط١٣١٩هـ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٦٠.

ولكن يمكن الرد علي ذلك بما يلي:

١- أن العقد الموقوف قسم من أقسام العقد الباطل لأن الإجازة لا تصحح العقد الباطل بدليل عموم حديث النبي صلي الله عليه وسلم "لاتبع ما ليس عندك"(١) وتردد الشافعي رضي الله عنه في صحة حديث عروة وعلق القول به علي صحته.

٢- أن عروة كان وكيلا للنبي صلي الله عليه وسلم وكالة مطلقة يدل علي ذلك أنه باع الشاة وسلمها واشتري أخري بثمن أقل، وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن المالك وعند أبي حنيفة لا يجوز شراء الثانية موقوفا علي الإجازة(٢). فدل ذلك علي أنه كان وكيلا وكالة مطلقة.

٣- أن المحدث لشبيب الحي وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقم به حجة للجهالة التي في سنده ومن ثم لا يصح الإستدلال به واخراج البخاري له لا يدل علي صحته فإننا نري كثيرا من الأحاديث المرسلة والمعلقة مذكورة في البخاري، وهي ليست بخارية علي شرطه، فلا صحيح عنده إلا ما يورده بسند موصول (٣).

---

(١) الحديث أخرجه أبوداود والترمذي والنسائي وهو شامل للمعدوم وملك الغير (أنظر: سبل السلام ج٣ - الموضع السابق) .

(٢) أنظر: المجموع للنووي ج٩ ص٢٨٦-٢٨٧.

(٣) جاء في البخاري "حدثنا علي بن عبدالله المديني حدثنا سفيان، حدثنا شبيب بن غرقدة، قال سمعت الحي يحدثون عن عروة أن النبي صلي الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له به شاة فاشتري بالدينار شاتين فباع إحداهما بدينار وشاة فدعا له في بيعه، وكان لو اشتري التراب لربح فيه، قال سفيان: كان الحسن بن عمارة جاء بهذا الحديث عن شبيب قال سمعه (أي سمع شبيب من عروة) عن عروة فأتيته، فقال لم أسمعه من عروة، بل سمعت الحي يخبرون بالحديث عنه، ولكن سمعته يقول سمعت النبي صلي الله عليه وسلم يقول: الخير معقود بنواصي الخيل إلي يوم القيامة" إرشاد الساري للقسطلاني ج٧ ص٣١٧-٣١٨ ط القاهرة وهذا يدل علي أن في سند الحديث من لم يسم، فلا يصح الإستدلال به، كما أن ذكر البخاري لإنكار شبيب سماعه من عروة دليل علي تضعيفه لصدر الحديث، كما أن الحسن بن عمارة أحد الفقهاء المتفق علي ضعف حديثهم. =

٢٦- الدليل من القياس:

يري أصحاب هذا الرأي قياس تصرف البائع لملك غيره (الفضولي) علي الوصية بأكثر من الثلث[١] فإنها تكون جائزة ولكنها موقوفة علي إجازة الورثة، كما قاسوا بيع الفضولي علي العقد المشروط فيه الخيار[٢]، فهوو بيع صحيح باتفاق الفقهاء ولكن الحكم يتراخي فيه إلي حين الإجازة أو الرد من صاحب الشأن فد ل ذلك علي أن بيع ملك الغير ينعقد صحيحا موقوفا علي إجازة صاحب الشأن.

ولكن يمكن الرد علي ذلك:

١- بأن هذا قياس مع الفارق، لأن قياس تصرف الفضولي بالبيع علي وصية المريض التي تتوقف علي إجازة الورثة قياس غير صحيح لأن الوصية تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعلوم بخلاف البيع[٣] .

٢- أن ملك الموصي ثابت وقت الوصيــة فهو يتصرف في شئ مملوك

=(أنظر في ذلك تفصيلا: د. عبدالرازق فرج - المرجع السابق ص٥٨،٥٩) وإن كنا لا نتفق معه في أن الحديث بروايتيه يدل على مشروعية العقد الموقوف . رغم هذه المآخذ حيث يرى سيادته أن ذكر الحى فى الحديث لا يلزم منه الجهالة فى السند المفضية إلى عدم صحة الاستدلال به ، بل إن ذكر الحى مشعر بأن شبيبا لم يسمعه من رجل واحد بل سمعه من رجال متعددين ربما (وهى للتقليل) يفيد خبرهم القطع به وهو قول يعوزه الدليل على صحة ما ارتآه سيادته . كما يرى أن ذكر البخارى إنكار شبيب سماعه من عروة لا يدل على تضعيف البخارى لصدده ؟ وما الذى يدل على التضعيف أكثر من ذلك ؟ .

(١) أنظر شرح فتح القدير للكمال بن الهمام جـ٥ ص٣١٠ حيث جاء فيه " وصار (عقد الفضولى) كالوصية من المديون المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع ، فهذا أصل لقياس صحيح ، وكالراهنين إذا تبايعا رهنا يرهن بغير إذن المرتهن ، انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهن ... " .

(٢) أنظر :الفروق للقرافى جـ٣ ص٢٤٤ حيث جاء فيه " البيع يقبل الخيار فيقبل الإيقاف " .

(٣) انظر :المجموع للنووى جـ٩ ص٢٥٩ ، وانظر فى عرض هذه المناقشة : د.عبدالرازق حسن فرج - المصدر السابق ص٦٠ .

له والوارث لايجيز تصرفا وقع علي عين ماله، بل هو ينشئ هذا التصرف، ومن ثم تعتبر فيه شروط الهبة(١) .

٣- لا يجوز قياس بيع الفضولي علي البيع المقترن بخيار، لأن البيع المقترن بخيارؤ هو بيع منعقد في الحال، وينتظر فسخه، فإذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ لزم العقد(٢).

٢٧- الإستدلال بالمعقول:

استدل أصحاب الرأي بالمعقول فقالوا أن عقد البائع الذي يبيع ملك غيره قد انعقد صحيحا باكتمال أركانه، فكلا من البائع والمشتري قد عبر تعبيرا صحيحا عن إرادته، وتلاقت الإرادتان علي محل العقد، ومحل العقد متقوم ومشروع، وكون المبيع غير مملوك للبائع لا يعدم وجوده لأن البيع لو تم بإذن مالكه لجاز، فالعقد إذن صحيح(٣) غاية ما هنالك أن ثمة مانعا أوقف نفاذه، وهو احتمال عدم رضاء المالك به وبإجازة المالك له يزول هذا المانع وينتج العقد كل آثاره منذ انعقاده(٤) أي بأثر رجعي.

كما يقرر هؤلاء الفقهاء أنه كما يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف، يثبت كذلك بالسبب البات ملك بات، ثم إن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعا "فأما إذا تأخر عنه الحكم فلا ، لأن الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار وهذا الحكم يتأخر إلي إجازة المالك ولا

---

(١) أنظر : المبسوط للسرخسى جـ٣ ص١٥٤.

(٢) أنظر فى ذلك : المجموع للنووى جـ٩ ص٢٦٣ .

(٣) راجع د. محمد المهدى ابراهيم - المرجع السابق ص١٦٤ .

(٤) أنظر : تبيين الحقائق - شرح كنز الدقائق للزيلعى جـ٤ ص١٠٣ ، وانظر المبسوط للسرخسى جـ١٣ ص١٥٤ حيث جاء فيه ما نصه : " والمعنى فيه (العقد الموقوف) أن هذا تصرف صدر من أهله فى محله فلا يلغو كما لو حصل من المالك ، لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان ، فحده ما هو حد سائر الأفعال ، وإذا صدر من أهله فى محله تحقق به وجوده ، ثم يمتنع نفوذه شرعا لمانع فيتوقف على زوال ذلك المانع ، وبالإجازة يزول المانع " .

ينعدم أصلا لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك، وفي تأخير الحكم إلي وجود الإجازة توفيرا لمنفعة تعود عليه"(١).

ولكن يمكن أن يجاب عن ذلك:

١- أن أموال الناس يجب أن تصان من العبث والقول بأن ارادتي البائع والمشتري قد تلاقتا علي محل واحد قول صحيح ولكن فيه مغالطة كبيرة لأن الإرادتان تطابقتا علي محل غير قابل لحكمه لسبب بسيط وهو أنه غير مملوك لأحدهما وكون محل العقد ملوك للبائع وقت البيع أمر مقرر باتفاق الفقهاء حتي ينعقد البيع صحيحا منتجا لآثاره.

٢- الفضولي لايستطيع تسليم ما باعه إلي المشتري لأنه لا يملكه فهو كبيع السمك في الماء والطير في الهواء وهذه كلها بيوع باطلة(٢).

٣- أن انفصال الحكم عن السبب أمر ليس محل اتفاق بين الفقهاء إذ لا معني للعقد إلا كونه مفيدا للحكم الذي وضع له، فإذا امتنع إفادته للحكم كان باطلا.

٤- يشترط لانعقاد العقد أن يكون العاقد قادرا علي تمكين الآخر من كل أحكام العقد بالنسبة له والفضولي غير قادر علي ذلك لانعدام الولاية أو الوكالة التي تبيح له بيع ملك غيره (٣).

٥- لاشك أن ملكية محل العقد ركن في انعقاد العقد عند الراجح من أقوال الفقهاء(٤)- وليست شرطا من شروط نفاذه واذا انعدم ركن العقد

---

(١) المبسوط للسرخسى جـ١٣ ص١٥٥ .

(٢) أنظر : مختصر المزنى جـ٢ ص٢٠٤ ، متن البهجة وشرح الشيخ زكريا الأنصارى عليها جـ٢ ص٤٠٦ ، والمغنى لابن قدامة جـ٤ ص١٦ .

(٣) أنظر : المجموع للنووى جـ٩ ص٢٦٢،٢٦٣ ، ومتن البهجة وشرح الشيخ زكريا الأنصارى عليها جـ٢ ص٤٠٦.

(٤) أنظر : شرح الخرشى على مختصر خليل جـ٣ ص٢٥٩ ط ١٣١٧ ، ومغنى المحتاج جـ٢ ص٣ ط ١٣٥٢هـ ، وكشاف القناع جـ٢ص٢ ط١٣١٩هـ -١٣٢٠هـ ، د. محمود سلام مدكور - الفقه الإسلامى جـ١ ص٣٥٩ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٥م .

كــان باطــــلا.

٢٨- الإستدلال بالمصلحة:

استدل أصحاب هذا الرأي بالمصلحة فقالوا أن ثبوت انعقاد تصرف الفضولي صحيحا موقوفا علي إجازة صاحب الشأن يتحقق به مصلحة كل من المتعاقدين والمعقود له(١) ولا ضرر علي أحد في ذلك، ولا يوجد فيه مانع شرعي فقد وجد المقتضي لثبوته وانتفي المانع فيدخل ثبوته في العمومات التي توجب رعاية المصالح ودفع المضار وتكمن مصلحة المعقود له في أن غيره فعل ما كان سيقوم هو به فتصرف الفضولي كفاه مؤنتة، وتكمن مصلحة المشتري في أنه يحصل له ما أراد من الوصول إلي محل العقد وتكمن مصلحة الفضولي في أنه يحصل له الثواب إذا كان قد قصد بتصرفه الإعانة والرفق بالمعقود عليه(٢)، فإذا لم يكن في تصرف الفضولي مصلحة فلا ضرر فيه وان كان فيه مصلحة فإن الحكمة تقتضي عدم إهدار تصرفات العقلاء(٣).

وبناء علي ما تقدم فيكون بيع ملك الغير صحيحا موقوفا علي إجازة صاحب الشأن رعاية للمصلحة -وخاصة مصلحة المالك- وليس في هذا التصرف ضرر لأن المالك له ألا يجيز العقد، وإن لم يجد فيه فائدة(٤).

ولكن يجاب عن ذلك بما يلي:

أولا: من قال أن من يبيع ملك غيره يحقق له مصلحة؟ فالمصالح في الشريعة الإسلامية لا تخرج عن المصالح الضرورية أو المصالح الحاجية أو المصالح التحسينية(٥) فبيع ملك الغير ليس ضرورة تقتضيها مصالح الدين

---

(١) المبسوط للسرخسى جـ١٣ ص١٥٤ ، والفروق للقرافى جـ٣ ص٢٣٢ .

(٢) أنظر : د. عبدالرازق حسن فرج – المصدر السابق ص٦١،٦٢ ، وانظر : المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور / محمد مصطفى شلبى ص٣٥٧ ط ١٩٥٦م .

(٣) أنظر : د.محمد مصطفى شلبى – المصدر السابق – الموضع السابق .

(٤) د. وهبة الزحيلى – المرجع السابق ص١٦٧ .

(٥) أنظر : د. محمد سلام مدكور – المدخل للفقه الإسلامى ص٢٥٦ ط دار الكتاب الحديث – الكويت .

أوالدنيا بحيث لو لم يتم لم تجر مصالح الدنيا علي استقامة، وليس أمرا يفتقر إليه الناس من حيث التوسعة ودفع الضرر عنهم وليس هو من مكارم الأخلاق، فلم يقل أحد بأن من يبيع ملك غيره يدخل في نطاق مكارم الأخلاق بل هو مذمة ونقيصة، وهذه هي ضوابط المصلحة في الفقه الإسلامي (١) .

ثانيا: كما أن المصلحة في بيع ملك الغير هي مصلحة وهمية ومفترضة أكثر منها مصلحة حقيقية واقعية ومن ثم فلا يتحقق في بيع ملك الغير جلب مصلحة أو دفع مضرة كما أنه من شروط المصلحة أن تكون عامة وليت مصلحة شخصية .

ثالثا: من شروط المصلحة في الفقه الإسلامي ألا تعارض حكما ثبت بالنص أو الإجماع أو القياس فلامصلحة يحتاج إليها الناس إلا ودل عليها الشارع(٢).

رابعا: لو فتح مجال العمل بالمصلحة دون ضابط كما هو الشأن في بيع ملك الغير لكانت مدعاة لفتح مجال الإبتداع والإختلاف بين الناس وهذه هي المفسدة بعينها والمضرة بذاتها كما أن الإعتداد بالمصالح المطلقة في تشريع الأحكام يؤدي إلي اختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص والأماكن والأزمان، وهذا لا يتفق مع ما يجب أن تكون عليه الأحكام الشرعية من عمومية وتجريد(٣).

٢٩- الرأي الراجح وأدلته:

يستبين لنا من استعراض آراء الفقهاء أن حكم بيع ملك الغير تتنازعه آراء ثلاثة:

الرأي الأول: بيع ملك الغير بيع صحيح ولكنه موقوف علي إجازة من له الحق

---

(١) أنظر في ذلك تفصيلا : فضيلة الشيخ عبدالوهاب خلاف - علم أصول الفقه الطبعة الثامنة ص٨٤.

(٢) د. أبو السعود عبدالعزيز - أصول الأحكام الاسلامية ص٢٦١ ، ٢٦٣ ط ١٩٩٣م .

(٣) أنظر د. محمد سلام مدكور - المرجع السابق ص٢٦٠ ، ٢٦١ ، د.أبو السعود عبدالعزيز - المرجع السابق - الموضع السابق .

فيهـــــا أي أنـه لا ينتج أي أثـر فيما بيـن المتعـاقدين ولا بالنسـبة للغير إلا بعـد الإجـازة وحينئذ تتقـرر صحتـه منـذ انعقـاده ويكـون منتجا لجميع آثاره منذ وقت العقد بنـاء علـي قـاعدة "أن الإجـازة اللاحقة كالإذن السابق"، وإذا لم يجزه صاحب الشأن بطل العقد منذ انعقاده ويعتبر كأن لم يكن ورغم استناد هـذا الـرأي إلـي أدلـة من الكتاب والسنة والقيـاس والمعقـول وهـي أدلـة وجيهـة، إلا انهـا لـم تسلم من المناقشة وفي جملتها لم تسلم من الخلل علي النحو السابق بيانه في حينه ومن ثم فهـي -فـي رأيـي- لا تصلـح لتـأييد القـول بصحة بيع ملك الغير (الفضولي) مـع توقفـه علـي إجـازة صـاحب الشأن.

الرأي الثاني: بيع ملك الغير يعتبر باطلا بطلانا مطلقا مادام قد تم بدون إذن أو ولاية ولا ينتج أي أثر بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغـير حتـي ولـو أجازه المالك الحقيقي وحتي لو انتقلت ملكية الشئ المبيع إلي البائع بعد العقد. ولكي يصحح تصرف البـائع هنـا ينبغـي أن يعـاد عمـل العقد من جديد بين البائع -الذي تملك المبيع- والمشتري لأن العقد الأول باطل بطلانـا مطلقـا ويعتـبر كـأن لـم يكـن وهـذا الـرأي هـو الأولي بالقبول -في رأيي- لعدة اعتبارات أهمها:

(أ) سلامة أدلته من الخلل والمآخذ علي النحو الذي بينـاه عنـد عـرض حجج أنصار هذا الرأي ومناقشتها والرد عليها.

(ب) أن الصحيـح عنـد جمهـور الفقهـاء -كمـا بينـا فـي حينـه-أن ملكيـة المعقود عليه للبائع ركن في الإنعقاد وليست شرطا لنفاذ العقد.

(ج) أن بيع ملك الغير فيه غرر لأن البائع لا يقـدر علـي تسـليم المبيـع إلي المشتري فهو كبيع الآبق وبيـع السـمك فـي المـاء والطـير فـي الهواء.

(د) إذا قلنا بأن وقف عقد بيع الفضولي علي إجازة المـالك ينفـي عنـه الغرر والضرر، فإن هذا يصطدم بما قرره علماء الأصول من أنه لا معني للعقد إلا كونه مفيدا للحكم الذي وضـع لـه فـي الحـال فـإذا امتنع افادته للحكم كان باطلا وغير منعقد.

(هـ) إن القول بصحة بيع ملك الغير مع توقفه علي إجازة صاحب الشأن يتنافي مع قواعد المنطق والعدالة واستقرار المعاملات، إذ ليس من المنطق في شئ أن يبيع إنسان ملك غيره بدون إذنه ويقتصر الأمر علي عدم إجازة هذا التصرف من قبل المالك حتي يبطل؟ خاصة لو كان المبيع قد حازه المشتري إذا كان منقولا، أو سجله إذا كان عقارا فكم من الوقت والجهد يستغرقه المالك حتي يسترد ملكه؟ وكم من العناء والإجراءات يستغرقها المالك في سبيل ذلك، بل إن فتح باب صحة بيع ملك الغير -علي هذا النحو- يؤدي إلي المنازعات والمشاحنات والخلاف والإختلاف بين العباد بما قد يستتبعه ذلك من إراقة الدماء في كثير من الأحيان وفصم عري المودة بين أفراد الأمة الإسلامية.

الرأي الثالث: أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا إستنادا إلي أسس أخلاقية وفنية هي عدم جواز التصرف في ملك الغير دون إذن شرعي أو ولاية، وانعدام الرضا أو المحل وهذا الرأي لا يخرج في مدلوله وأدلته عن الرأي السابق وحججه، ومن ثم فنكتفي بالإحالة إلي الرأي الذي رجحناه.

الفصل الثاني
القواعد العامة لبيع ملك الغير
في القانون المدني

٣٠- تمهيد:

نود أن نشير في البداية إلي أن بيع ملك الغير هو أظهر صور تصرف غير ذي الصفة إذ أن التصرف(١) يجب أن يصدر من صاحب الحق أو الذمة أو من نائب صحيح وإلا كان التصرف غير منتج لأثره القانوني لأنه يكون غير نافذ قبل صاحب الحق أو الذمة، ويعد بيع ملك الغير هو اوضح صور عدم النفاذ لانعدام صفة المتصرف، ومن هنا كان المتصرف (البائع) لابد وأن يكون مالكا للمبيع حتي ينقل ملكيته إلي المتصرف إليه(٢) في القانون المدني وذلك علي التفصيل الآتي بيانه في المباحث الآتية بإذن الله تعالى.

---

(١) **التصرف:** عمل قانوني تتجه به إرادة المتصرف إلي إحداث أثر قانوني، ومن ثم يجب أن يكون التصرف صادرا من شخص يخوله القانون إحداث هذا الأثر سواء كان ترتيب حق أو انشاء إلتزام، ولذلك يجب أن يكون المتصرف هو صاحب الحق محل التصرف أو صاحب الذمة التي تنشغل به أو بالأقل يصدر التصرف عنه وباسمه بواسطة من ينيبه عنه (بالوكالة) أو ينيبه عنه القاضي (كالوصي والقيم والوكيل عن الغائب، والسنديك) أو ينيبه القانون (كالولي والمحضر وقاضي البيوع) أنظر: المستشار / عزت حنوره في: سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات ص١٥٠ ط ١٩٩٤م.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري- الوسيط ج٤ ص٢٦٨ ف١٥١ ط١٩٦٠ وعزت حنوره- السابق- الموضع السابق.

المبحث الأول

المقصود ببيع ملك الغير في القانون المدني وشروط تحققه

٣١- النصوص القانونية التي تحكم بيع ملك الغير:

نظمت المواد من ٤٦٦-٤٦٨ من التقنين المدني المصري أحكام بيع ملك الغير علي الوجه الآتي:

تنص المادة ٤٦٦ علي أنه:

"١- إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع ويكون الأمر ولو وقع البيع علي عقار، سجل العقد أو لم يسجل.

٢- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد" .

وتنص المادة ٤٦٧ علي مايلي:

"١- إذا أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري.

٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد" .

وتنص المادة ٤٦٨ علي أنه :

"إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية"(١) .

---

(١) هذه النصوص يقابلها فى التقنين المدنى القديم المواد ٣٣٣/٢٦٤ ، ٣٣٤/٢٦٥ ، وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

فى التقنين المدنى الليبى المواد ٤٥٥-٤٥٧ ، وفى التقنين المدنى السورى المواد ٤٣٤-٤٣٦ ، وهما مطابقان للقانون المصرى ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين=

وفي التقنين المدني الفرنسي: جاء حكم بيع ملك الغير في المادة ١٥٥٩ التي تنص علي أن "بيع ملك الغير باطل، ويمكن أن يعطي للمشتري الرجوع بالتعويضات إذا كان يجهل أن الشئ المبيع غير مملوك للبائع"(١) .

٣٢- ما هية بيع ملك الغير :

يستبين من النصوص السابقة أن المقصود ببيع ملك الغير(٢):

أن يبيع شخص شيئا معينا بالذات الى آخر وهو لا يملكه حال اتجاه إرادة

= ١٣٦،١٣٥ على اختلاف فى التكييف القانونى لبيع ملك الغير حيث اعتبر القانون الأخير بيع ملك الغير. بيعا موقوفا على إجازة المالك ، عكس القانون المدنى المصرى الذى اعتبره بيعا قابلا للإبطال ،على ما سيأتى تفصيلا فى موضعه ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٨٥ وأحكام هذا التقنين تتفق فى الجملة مع أحكام القانون المصرى عدا جزئيات طفيفة سيأتى بيانها فى حينه وفي القانون المدني الأردني في المادتين ٥٥١،٥٥٠ وقد سار هذا القانون علي نهج القانون العراقي في اعتبار بيع ملك الغير بيعا موقوفا علي إجازة المالك علي ما سيأتي تفصيلا فيما بعد وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٥٩٩ والقانون المدني التونسى ٥٧٦٢. ويلاحظ أن أحكام بيع ملك الغير في التقنين المدني المصري القديم والجديد تكاد تكون متحدة إلا أن نصوص القانون الجديد أكثر "إحاطة" من سابقه كما يري أستاذنا المرحوم الدكتور. عبدالرازق السنهوري في المرجع السابق- عقد البيع هامش ص٢٧٠.

(١) Code civil - Paris. 1992. Art. 1599

(٢) يقصد بالغير هنا أحد أمرين **أولهما:** الاحوال الاستثنائية التى يعتبر فيها الخلف العام او الخلف الخاص او الدائنون (غيرا) مع ملاحظة أن كلا من هؤلاء يستطيعون استخدام دعوى الصورية و التى ورد النص عليها فى القانون المدنى المصرى فى المادتين ٢٤٥،٢٤٤ حيث أن العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين، أو الدعوى البوليصية التى هى دعوى إبطال التصرفات الضارة والتى ورد النص عليها فى القانون المدنى المصرى فى المواد ٢٣٧ و ما بعدها، كما نص عليها القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١١٦٧، وفحواها أنها: الدعوى التى يستخدمها الدائن ضد مدينه الذى تصرف تصرفا ألحق به ضررا، ويقصد "بالأحوال الاستثنائية" الاحوال التى يكون الخلفاء فيها ليسوا أطرافا فى العقد مثل ما لو نص القانون على أن أثر العقد لا يسرى فى حق الخلف=

المتعاقدين الى نقل ملكية المبيع فور التعاقد(١) .

فبيع ملك الغير هو البيع الزى يتم بين عاقدية على أساس أن البائع يملك المبيع وقف التعاقد، وأن البيع من شأنة نقل هذة الملكية إلى المشترى حال كون البائع لايملك فعلاً هذا المبيع (٢).

وهذا التعريف يحتوى على الشروط التى يجب توافرها حتى نكون بصدد بيع ملك الغير .

=أو كانت طبيعة التعامل تأبى سريان هذا الأثر فى حق الخلف العام، أو نص على ذلك فى العقد نفسه... الخ، كما يعتبر الخلف الخاص، من الغير فى العقود التى تصدر من سلفه و التى ليس لها صلة بالشىء المعين الذى انتقل إليه من هذا السلف(راجع مادة ١٥٢ مدنى مصرى)

ثانيهما: الأجنبى أصلا عن التعاقد، لأنه إذا لم يكن خلفا عاما ولا خلفا خاصا ولا من الدائنين فإنه لا ينصرف إليه أثر العقد حتى ولو كان الشىء موضوع التعاقد خاصا به ومملوكا له، إذا العقد غير نافذ فى حقه و لا يحتج به فى مواجهته حتى لو كان العقد صحيحا فيما بين المتعاقدين، فبطلان العقد أو صحته؛ إنما يكون فيما بين المتعاقدين ومن يتحمل منهما أثر العقد من خلف عام أو خاص أو دائن، ومن ثم كان بيع ملك الغير غير نافذ فى حق الغيرلأن هذا الغير لم يكن طرفا فى العقد، وبالتالى لاتنفذ فى حق المالك الحقيقى الذى يعتبر من الغير إلا إذا أقره أو أجازه،! انظر فيما سبق :د. محمد المهدى إبراهيم - إيجار ملك الغير- دراسة مقارنة فى الفقه الاسلامى والقانونين المدنيين المصرى والفرنسى رسالة دكتوراة على الالة الضاربة جامعة الازهر عام ١٩٨٠ صـ ١٠٠ -١٠٣ .

(١) انظر فى ذلك :د.سليمان مرقس- المرجع السابق صـ ٦٩٤ فقرة ٢٨٨ د.عبد الودود يحى - دروس فى العقود المسماة صـ١٧٣ ط ١٩٧٦ ، د. عبد الرزاق السنهورى - المصدر السابق صـ٢٧١ ف١٥٣ ، د.منذر الفضل، والدكتور.ماجد الفتلاوى -شرح القانون المدنى الأردنى العقود المسماة صـ١٦٤-١٦٦ الطبعة الأولى١٩٩٣، د.عبدالمنعم البدراوى-الوجيز فى عقد البيع صـ٤١١ و ما بعدها ط١٩٨٣م ، و أنور العمروسى - التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل جـ٢ ط١٩٨٣ صـ٢٨٥ وما بعدها و أنظر نقض مدنى فى ١٩٥٤/١/١١ طعن رقم٩٦ سنة٢١ق.

(٢) انظر: عزت حنورة -السابق صـ١٥١، والمستشار/عبدالمنعم دسوقى -قضاء النقض فى المواد المدنية صـ٨٧٣ ط١٩٩٤.

٣٣- شروط تحقق بيع الغير :- تعداد.

حتى نستطيع تكييف العقد بأنه بيع لملك الغير يجب توافر الشروط الآتيـــــة:

١- ألا يكون المبيع مملوكا لأحد العاقدين .

٢- أن يكون البيع معينا بالذات.

٣- أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرام بيع ناقل للملك بذاته ، أى بمجرد الاتفاق.

٣٤- الشرط الأول: ألا يكون المبيع مملوكا لأحد العاقدين:

يتفق الفقه المصرى (١) و الأجنبى (٢) على أن بيع ملك الغـير يتحقـق إذا كـان المبيع غير مملـوك للبـائع (٣) وقت العقـد، ولا للمشـترى، لأن المبيـع إذا كـان مملوكا للبائع؛ فإن العقد يكـون صحيحـا ولا تثـار مسـألة بيـع ملـك الغـير، فـإذا تصرف الزوج فى بعض أموال زوجته بوكالة صحيحة منها لم تكن بصدد بيـع ملك الغير، والغاصب الذى يبيع ما اغتصب؛ والوصى الذى يبيـع مـالا مملوكـا للقاصر على أنه ملكه: يعتبر بيعا لملك الغير لآن البائع ليـس لـه حـق مـا علـى المبيع يجيزله التصرف و لم يكتسب أى سلطـــــة تسمح له بهذا التصرف (٤) وبالتالى يكون إنتقال الملكية من البائع الى المشترى فور العقد مستحيـــلا، لأن

---

(١) انظر :د.عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق صـ٢٧٥ ف١٥٤ ود.سليمان مرقص المرجع السابق صـ٤١١ ف٢٨٤ ، د.عبد الودود يحى المرجع السابق صـ٢٧٤ .

(2) Baudryet saignat : traité,Théarique et pratique de droit cirvl: de Baudant et del,echange 3éme ed, 1908, No 126, et planiol et Riper (par.hamel) ,traite' pratique de droit vivil français devxiéme edition, t.x. premiére partie, 1956, No.46, p. 49.

(٣) ولم يمنحة القانون أو الاتفاق سلطة التصرف فى الشئ المبيع بيانة عن المالك .

(٤) د.عبد المنعـم البـدراوى - المرجـع السـابق - الموضـع السـابق، د.عبـد الـودود يحـى- المرجع السابق صـ٢٧٤ .

فاقد الشئ لايعطية (١)، اما إذا باع الشخص شيئا معينا بالذات مملوكا لـة تحت شرط لم يكن بائعا لملك عيره بل بائعا لملك نفسه ، وإن كان هذا الملك غير بات ، " فهو إما ملك معلق على شرط واقف فبتوقف وجوده على تحقق الشرط؛ و إما ملك معلق على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط ، وفى كلتا الحالتين ينتقل الملك إلى المشترى ؛ فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ ، فإذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشترى باته"(٢)؛ أما إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ؛ عد المشترى غير مالك ، وله أن يطلب فسخ العقد لإخلال البائع بالتزامه ، و ليس له أن يطلب إبطال العقد على أساس أنه يبيع لملك الغير ، لان البائع لم يقرر ملكيته الباته للمبيع عند التعاقد (٣) .

ويرى بعض الفقه المصرى (٤)؛ أن المبيع إذا كان مملوكا للمشترى وقت التعاقد . و إتجه إلى شرائه نتيجة جهله ملكيته إياه : فلا يعد ذلك بيعا أصلا ، وذلك لإستحالة تحقق الغرض المستهدف به إستحاله مطلقة ؛ ألا وهو نقل الملكيه من البائع للمشترى الذى يملك المبيع فعلا، وإن كان له حق

---

(١) د.سليمان مرقس- المرجع السابق صـ٧٠٠ .

(٢) د.عبدالرزاق السنهورى -المصدر السابق صـ٢٧٣-٢٧٤ وانظر د.عبدالمنعم البدراوى -المرجع السابق صـ٤١١-٤١٢، د.عبدالرازق حسن فرج -عقد البيع ط ١٩٧٦ صـ٣١٧ _ ٢٣١، د.حسام الدين الأهوانى عقد البيع -طبعة١٩٨١م- صـ٦١.

(٣) انظر: عزت حنورة -المرجع السابق صـ١٥٢.

(٤) راجع د.منصور مصطفى منصور -مذكرات فى العقود المسماة صـ٢٤٢ بند١١٢ ط١٩٥٦م د.اسماعيل غانم -مذكرات فى العقود المسماة- عقد البيع ط١٩٥٨م صـ٢٦، د.محمد لبيب شنب -شرح احكام عقد البيع صـ٣ و ما بعدها ط ١٩٧٥، د.سليمان مرقس -المرجع السابق صـ٦٩٥ ف٢٨٨، وقارن د.توفيق حسن فرج -عقد البيع و المقايضة فى القانون اللبنانى ط بيروت ١٩٦٨ صـ١٤٤، د.خميس خضر -المرجع السابق صـ ٢٧٠ و ما بعدها، وانظر: حكم محكمة مصر الإبتدائية فى ١٩٢٣/١/٤ - المجموعة الرسمية ٢٥-١٥-١٩. وقارن فى ذلك السنهورى -السابق صـ٢٧٤ هامش٢.

الرجوع على البائع بإسترداد الثمن و التعويض إذا كان لذلك مقتض (١) .

٣٥- الشرط الثانى : أن يكون المبيع معينا بالذات :-

حتى نكون بصدد بيع ملك الغير : يجب ألا يكون المبيع معينا بالذات(٢)؛ ذلك لأن المثليات (٣) معينه بنوعها فحسب ؛ ولا يمكن إعتبارها مملوكة للغير؛ حتى على فرض أن البائع لا يملك أى قدر من المبيع محل التعاقد (٤) ؛ و من ثم فإن البائع فى بيعة للشئ الغير معين بالذات يقتصر واجبه على الإلتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين (٥) و يتعهد " بأن ينقل للمشترى ملكية شئ غير مملوك له عن طريق الإتفاق مع المالك بأية كيفيه " (٦) لأنه يستطيع الحصول على هذه المثليات فيما بعد .

---

(١) انظر فى ذلك : نقض مدنى فى ١٩٦٢/٨/١٥- مجموعة المكتب الفنى- السنه ١٨ صـ١٥٠٠؛ و أنظر التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل بمذاهب الفقه و احكام القضاء الحديثه للمستشار / أنور العمروسى -السابق القضاء الحديثة جـ٢ ط١٩٨٣ صـ٢٩٨.

(٢) المبيع المعين بالذات: هو الذى يحب تعيينه ببيان الصفات التى تسمح بتمييزه عن غيره وتمنع من الجهالة الفاحشه فيه؛ فتعين الأرض الزراعية(مثلا) ببيان موقعها و حدودها، واسم الحوض الذى تقع فيه و مساحتها...إلخ، و تعيين السيارة يكون ببيان ماركتها، وموديلها (سنة الصنع)...إلخ .

(٣) المثليات هى: التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتى تقدلر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن (م٨٥مدنى مصرى) مثل الذهب، القمح، الأقلام...إلخ .

(٤) انظر: د.اسماعيل غانم-المرجع السابق صـ٢٥، د/محمد لبيب شنب -المرجع السابق صـ٥٤ بند٥٠ و انظر: De page (h): traité elémentair de droit civil belge, t. lv.1951, p.63; No.31, ets
Guillaurd (L):traité de la vont en droit pelge, 1960, p.912, No.188.

(٥) السنهورى-السابق صـ٢٧٢ .

(٦) استئناف مختلط فى ٣٠ مارس ١٩١٥م ٢٧ صـ٢٤٩، وانظر: استئناف مختلط فى ١٠ فبراير ١٩٠٩م ٢١صـ١٦٩.

٣٦- الشرط الثالث: أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرام بيع ناقل للملكية بذاته:

ويعنى هذا الشرط أن البيع لا يكون بيعا لملك الغير إلا إذا قصد به نقل الملكية فى الحال(فور التعاقد)، فإذا اتجهت إرادة المتعاقد إلى إبرام بيع ناقل للملكية بذاته، أى بمجرد الاتفاق، ولم يكن البائع مالكا للمبيع المعين بذاته وقت العقد: كان البيع بيعا لملك الغير و يكون قابلا للإبطال لصالح المشترى لاستحالة تحقيق إنتقال الملكية بمجرد العقد فى هذا البيع، فإذا زالت العلة امتنع البطلان(١).فإذا إستبان أن البيع ليس بيعا باتا لم يقصد منه نقل الملكية فى الحال، كان العقد صحيحا، ولم ينطبق بشأنه الجزاء المقرر لبيع ملك الغير، فإذا كان بائع الشىء قد اقتصر على التعهد بالحصول على ملكية الشىء؛ ثم نقلها بعد ذلك إلى المشترى، لم نكن بصدد عقد بيع، بل بصدد عقد آخر التزم فيه أحد الطرفين بعمل معين؛ وإذا لم يقم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هو الفسخ لا البطلان(٢).

كما أننا لا نكون بصدد بيع ملك الغير إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع(٣)؛ إذ الوعد بالبيع لاينشىء إلا التزاما بعمل، فإذا لم يكن الواعد مالكا

---

(١) انظر: د.عبدالرزاق السنهورى -المصدر السابق صـ٢٧٢-٢٧٣، د.سليمان مرقس -المرجع السابق صـ٦٩٤، د.عبدالمنعم البدراوى -المرجع السابق صـ٤١٢، ومنصور مصطفى منصور -المصدر السابق صـ٢٤٢ ط٩٥٧، توفيق فرج -المصدر السابق صـ١٤٤ .

(٢) د.عبدالمنعم البدراوى -المرجع السابق- الموضع السابق؛ د.لبيب شنب -المرجع السابق صـ٧٣؛ وانظر د.جميل الشرقاوى -شرح العقود المدنية- البيع و المقايضة ط١٩٧٥ صـ٨١ وما بعدها.

(٣) **الوعد بالبيع:** هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد بيع فى المستقبل مع شخص يسمى الموعود له (المشترى) إذا ما أظهر الموعود له رغبته فى التعاقد معه خلال المدة المعينة المتفق عليها لإبرام البيع خلالها. د.لبيب شنب فى مصادر الإلتزام -بتصرف صـ١٣١، ط١٩٧٧/٧٦، وانظر د.جميل الشرقاوى -النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام ط١٩٧٤ صـ٢٨٦-٢٨٨، وانظر: د.اسماعيل غانم=

المبيع وقت العقد صح البيع رغم ذلك؛ و لا يتحول الوعد الى بيع إلا عندما يظهر الموعود رغبته فى الاستفادة من التعاقد؛ وهو حينئذ يتحول الى بيع دون أثر رجعى "ولذلك إذا لم يكن الواعد مالكا فى ذلك الوقت؛ كنا بصدد بيع ملك الغير وأخذ حكمه"(١).

ولا يعد بيعا لملك الغير أيضا تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك سيبيع هذا الشيء لشخص آخر (الراغب فى شرائه) لأن البائع هنا لا يبيع ملك غيره؛ وإنما اقتصر دوره على التعهد عن المالك فى أن يبيع، فيكون تعهدا عن الغير(٢)، ولذلك فهو تعاقد صحيح، يكون جزاؤه الفسخ لا البطلان إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ ما التزم به.

وهكذا نرى أن شروط بيع ملك الغير – السابق بيانها – إذا تحققت اعتبر البيع بيعا لملك الغير، ولا عبرة بعد ذلك أن يكون البيع اختياريا أو جبريا، تم بالممارسة أو بالمزاد، أبرمه العاقد بنفسه أم بواسطه نائبه، ويستوى أن يكون البيع واردا على منقول أو عقار، كما يستوى أن يكون مسجلا أو غير مسجل.

٣٧- التطور التاريخى لبيع ملك الغير :

إذا كان بيع ملك الغير فى كل من القانونين المصرى والفرنسى باطل أو قابل للبطلان على ما سيأتى تفصيله فى حينه – فإن علة هذا البطلان فى العصر الحديث ترجع الى أن عقد البيع أصبح من العقود الناقلة للملكية ،

=النظرية العامة للإلتزام- مصادر الالتزام ط١٩٦٨م صـ١٣٨-١٣٩، ومنصور مصطفى منصور -مصادر الالتزام- ط١٩٧١ صـ٥٦ وانظر: المادة: ١٠١ مدنى مصرى والمادة: ١٥٨٩ مدنى فرنسى.

(١) د.عبدالمنعم البدراوى -المرجع السابق صـ٤١٢، وانظر د.عبدالرزاق السنهورى - المصدر السابق صـ٢٧٢، د.اسماعيل غانم -عقد البيع ط١٩٥٨ صـ٢٠، د. لبيب شنب- شرح أحكام عقد البيع ط١٩٧٥م صـ٧٤؛ وانظر ليون فى ١٩٣٢/٦/٢٣ -داللوز ١٩٣٤-٢٤ قسم الأحكام المختصرة.

(٢) د.عبدالرزاق السنهورى -السابق صـ٢٧٢، وانظر: استئناف مختلط فى ١٩١٦/٤/١٨ م ٢٨ صـ٢٥٩.

وهذا على خلاف ماكان سائدا فى القانون الرومانى (١) والقانون الفرنسى القديم (٢) ، حيث كان بيع ملك الغير صحيحا فى كل منهما ومن ثم يستطيع الشخص فى القانون الرومانى أن يبيع ملك غيره وفقا لمفهوم البيع الرومانى ، أى البيع الشخصى فى القانون الرومانى أن بيع ملك الغير وفقا لمفهوم البيع الرومانى ، أى البيع الذى لايضمن فيه البائع إلا تمكين المشترى من الحيازة الهادئة المستمرة (Vacua possession) ولايحق للمشترى الرجوع على البائع إلا بالضمان عند تعرض المالك الحقيقى له بالفعل ، أو انتزع منه هذه الحيازة (٣) ، فإنه يحق له الرجوع على البائع بالضمان ، إذ البيع فى هذه الحالة لاينقل الملكية ، ولاينشأ منه التزام بنقل الملكية ، ولكنه يولد التزامات - فقط - بضمان الحيازة الهادئة المستمرة (٤) لاالتزاما بنقل الملكية .

ثم صدر القانون الفرنسى الجديد ، وعدل عن القاعدة السابقة ، وأصبح البيع فيه ينقل الملكية بذاته ، وأصبحت كلمة "بيع" تعنى "التصرف" (Vendre c'est aliemer).

---

(١) أنظر مدونة جستنيان -تعريب عبدالعزيز فهمى - الطبعة الأولى - سنة ١٩٤٦ - ص ٣٩١ حيث جاء فى التقرير رقم ١١ ما نصه "لا شبهة فى جواز بيع ملك الغير".

(٢) وهو القانون الذى كان سائدا فى فرنسا وإنتهى العمل به بظهور قانون نابليون الصادر سنة ١٨٠٤م.

(٣) أنظر :

Ripert et Boulanger : traite de droit civil, d'aprés le traité de planiol, t, 3ème contrats civil principaux contras, paris, 1958. No. 1296, P. 442.

(٤) د. عبدالمنعم البدراوى المرجع السابق - الموضوع السابق ، د. لاشين محمد يونس الغيانى - بيع ملك الغير - ط ١٩٨٦ ص ١٧-١٨ ، د.توفيق فرج - عقد البيع ط ١٩٧٩م ص ١١٥ بند ٧٤ ، د. إسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٢٠ ومابعدها .

وأنظر :

Aubry et Rou, (par P.E smein) : Cour de droit civil français, T.V., 6ème éd. 1974. No. 351.

ومن ثم أصبح بيع ملك الغير يتنافى مع طبيعة البيع ، لأن نقل ملكية المبيع فيه الى المشترى غدت مستحيلة ، ولهذا كان منطقيا أن ينص القانون المدنى الفرنسى على بطلان بيع ملك الغير فى المادة ١٥٥٩ بقوله "بيع ملك الغير باطل ، ويمكن أن يعطى للمشترى الرجوع بالتعويضات ، إذا كان يجهل أن الشئ المبيع مملوك للبائع" فاقتصرت هذه المادة على تقرير البطلان ، دون أن تبين ما هيته ، أو مايمكن أن يترتب على العقد من آثار ، "فإجتهدت المحاكم فى سد هذا النقص ، وأوجدت حلولا لكثير من المسائل التى تعرض فى شأن بيع ملك الغير ، فقررت أن هذا البيع لايكون نافذا فى حق المالك ... إلا إذا أقره ، وأن المشترى وحده يجوز له دون غيره أن يتمسك بالبطلان ، وأن حقه فى ذلك ينقضى إذا أقر المالك العقد أو صار البائع مالكا" (١).

ثم صدر التقنين المدنى المصرى القديم ، ونص فيه صراحة على أن بيع ملك الغير يصح إذا أجازه المالك الحقيقى (٢) ، مما يدل على أن المقنن المصرى شايع المحاكم الفرنسية فى معالجتها لأحكام بيع ملك الغير ، ولذلك كان طبيعيا أن تسير المحاكم المصرية على نحو ما اتجه اليه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن خاصة وأن التشريع يعضدها فى ذلك .

ثم صدر التقنين المدنى المصرى الحديث وأخذ فيه بأحكام بيع ملك الغير عن القانون الفرنسى (٣) ، وهى أحكام تتفق مع قصد المقنن من أن البيع ناقل للملكية ، وبمقتضاه يكتسب المشترى ملكية المبيع إذا تم الإتفاق بين الطرفين على نوع العقد والمبيع والثمن ، مع مراعاة ما يقضى به القانون المصرى من إجراءات نقل الملكية (٤) .

---

(١) د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٦٩٦ .

(٢) المادة : ٣٣٣/٢٦٤ من التقنين المدنى المصرى السابق .

(٣) د. توفيق فرج – المرجع السابق – الموضع السابق . وأنظر المواد ٤٦٦-٤٦٨ السابق بيانها فى أول المبحث .

(٤) قد يتصور البيع دون أن يصير المشترى مالكا مباشرة بمجرد العقد ، فليس من اللازم أن ترتبط صحة البيع بنقل الملكية مباشرة ، كما هو الحال فى بيع المبيع المعين بالنوع الذى لاتنتقل الملكية فيه إلا بالإفراز ، ولكن البيع رغم ذلك صحيح قبل الإفراز ، ويقع على البائع التزام بنقل الملكية وإتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك . أنظر فيما سبق د. توفيق فرج – المصدر السابق ص١١٦ .

المبحث الثانى

التفرقة بين بيع ملك الغير وماقد يتشابه به من نظم

٣٨- الفرق بين بيع ملك الغير وإيجار ملك الغير :

سبق أن ذكرنا (١) أن بيع ملك الغير هو البيع الذى يتم بين عاقديه على أساس أن ملكية المبيع قائمة للبائع وقت التعاقد حال كون البائع لايملك فعلا هذا المبيع . فهو يرد على مبيع معين بالذات ، غير مملوك للبائع أو المشترى ، أما إيجار ملك الغير : Bail De la chose D'Aotreu فيقصد به الإيجار الذى يعقده شخص غير مالك للشيئ الذى يؤجره ، وليس له لحق الإنتفاع به ، كما أنه ليس مكلفا بالإدارة بالنسبة لهذا الشيئ (٢) وبهذا التعريف يخرج مالك الشيئ ، إذ أن له حق تأجيره ، ويخرج من له حق الإنتفاع (٣)على الشيئ سواء كان مصدره تقرير حق عينى مثل صاحب حق الإنتفاع ، أو حق شخصى مثل المستأجر الذى يؤجر الشيئ الذى إستأجره لغيره ، وهو ما يسمى "التأجير من الباطن"(٤) .

ويخرج كذلك من له حق الإدارة مثل الوصى ، والولي ، والقيم ، والحارس القضائى ، والوكيل ... الخ .

---

(١) انظر بند ٩ من هذا البحث وأنظر : عزت حنورة - المرجع السابق ص ١٥١ .

(٢) د. محمد المهدى إبراهيم فى رسالته السابقة ص ٢٢١ .

(٣) حق الإنتفاع : هو حق عينى أصلى متفرع عن حق الملكية يخول صاحبه سلطتى إستعمال الشيئ وإستغلاله فيما أعد له دون التصرف فيه ، فسلطة التصرف فى حق الإنتفاع تبقى للمالك ، ويسمى "مالك الرقبة" ومثال حق الإنتفاع إذا كان الشيئ أرضا زرعها ، وإن كان سيارة معينة ركبها الركوب المعتاد ، كما يجوز له أن ينزل عن إستعمالها إلى غيره فى مقابل أجر ، فيستغلها باستثمارها وأخذ ريعها ويكتسب عن طريق العقد ، أو الشفعة . أو التقادم أو الوصية (أنظر م ٥٨٥ مدنى مصرى) وفى بعض التشريعات عن طريق الميراث أيضا (أنظر فيما سبق : مؤلفنا - المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق ط ١٩٩٢ ص ٤٩-٥٠)

(٤) د. محمد المهدى إبراهيم - المرجع السابق - الموضع السابق .

وإيجار ملك الغير على هذا النحو يقع كثيرا فى الحياة العملية مثل المستأجر الذى يؤجر الشيء الذى إستأجره بعد إنقضاء مدة الإجارة ، وبدون الحصول على إذن من المالك ، ومثل الأب الذى يؤجر أموال إبنه البالغ الرشيد دون الحصول على إذن سابق منه ، ومثل الوكيل الذى يجاوز حدود وكالته ، والفضولى (١) .. الخ .

٣٩- الفرق بين بيع ملك الغير والتعهد عن الغير :

التعهد عن الغير يتمثل فى التزام شخصى بالقيام بعمل معين هو الحصول على موافقة مالك شيئ معين - عقارا كان أو منقولا - على بيع هذا الشيئ لشخص آخر (٢) ، فمحل التزام المتعهد هو مجرد القيام بعمل وليس نقل الملكية ، ولذلك يقع هذا التعهد صحيحا ، لآننا لسنا بصدد عقد بيع (٣) بل بصدد عقد آخر التزم فيه أحد الطرفين بعمل معين إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ ماتعهد به : يفسخ العقد ، أى أن الجزاء هنا هو الفسخ لاالبطلان ، لأن المتعاقد لم يقم ببيع ملك غيره ، وإنما إقتصر تصرفه على أنه تعهد عن المالك فى أنه سيبيع ما يملكه ، فكان ذلك تعهدا عن الغير وليس بيعا لملك الغير (٤) .

---

(١) د. محمد المهدى إبراهيم - المصدر السابق ص ٢٢٢ والذى يرى أن هذا التأجير تنازعته آراء عديدة معظمها يرى بطلانه قياسا على بطلان بيع ملك الغير ، وبعضها يرى صحته قياسا على من يرى صحة بيع ملك الغير ، وبعضها يرى صحة إيجار ملك الغير على أساس صحة التعاقدات والتعهدات التى ترد على أشياء الغير كقاعدة عامة على تفصيل فى ذلك ليس هذا مجاله لخروجه عن نطاق البحث .

(٢) د. حسام محمود لطفى فى : أحكام عقدى البيع والإيجار - القاهرة - ١٩٩٠م - ١٤١١هـ - ص ١٠٥ .

(٣) أنظر : د. عبدالرزاق السنهورى - المصدر السابق ص ٢٧٢ ، د/ عبدالمنعم البدراوى - المصدر السابق ص ٤١٣ وأنظر : إستئناف مختلط فى ١٩٠٠/٦/٧م ١٢ ص ٣١٣ .

(٤) أنظر :

Boudry et saignat, traité théorique et pratique de droit civil : De lavent et de l'e change 3ème, éd, 1908 . No. 122.

٤٠- الفرق بين بيع ملك الغير وبيع الشيئ المستقبل :

تنص المادة ١/١٣١ من التقنين المدنى المصرى على أنه "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا".

فإذا باع شخص شيئا لم يوجد بعد ولكنه سيوجد فى المستقبل لم يكن هذا بيعا لملك الغير (١) حتى ولو كان البائع غير مالك للمبيع وقت البيع ، لأن المبيع لم يعين بذاته وقت البيع ، ومن ثم لايمكن القول بأن البائع مالك للمبيع أو غير مالك ، ويقتصر التزام البائع على إيجاد المبيع إذا لم يكن موجودا ، ثم يقوم بنقل ملكية الشيئ المبيع الى المشترى (٢) عند وجوده.

٤١- الفرق بين بيع ملك الغير وضمان الإستحقاق :

يختلف بيع ملك الغير عن ضمان الإستحقاق (٣)، رغم ما بينهما من

---

(١) د.عبدالرزاق السنهورى-المرجع السابق ص ٢٧٢، وأنظر:د. توفيق فرج - المرجع السابق ص ١٨٦ فقرة ١١٢، د. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص ٤١٤ والذى يرى سيادته فى نفس الموضع أن بيع الأشياء الموصى بصنعها يأخذ حكم بيع الشيئ المستقبل من حيث جوازه وصحته ، وهو رأى سديد لكثرة وقوع الأشياء الموصى بصنعها فى الحياه العملية،مثل الاتفاق علىبيع حجرة نوم يتم صنعها بمواصفات معينة وفقا لإتفاق الطرفين،والإتفاق على بيع بوابة حديدية للمنزل وفق مواصفات معينة حسب إتفاق الطرفين .الخ فكل هذه بيوع مستقبلة جائزة قانونا لأنها ليست بيعا لملك الغير .

(٢) أنظر :

Aubry et Rau (Par P. Esmein) cours de droit civil français, T. V., 6. eme ed, 1947. P. 42. et paudry lacantinerie et leo saignat : traite theorique et pratique de droit civil : De lavent et de l'echange, 3 ème ed 1908 No. 116, p.105.

(٣)تنص المادة ٤٣٩ مدنى مصرىعلى أنه"يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان=

صلة وثيقة ، إذ أن الإستحقاق إذا كان كليا (١) كان هذا هو بيع ملك الغير لأنه يكون قد إتضح أن البائع قد باع شيئا غير مملوك له ، ومن ثم تكون أحكام ضمان الإستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير ، ويترتب على ذلك أن المشترى فى بيع ملك الغير - إذا إستحق المبيع فى يده - يكون بالخيار بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الإستحقاق على البائع ، مع ملاحظة أنه إذا إختار الفسخ ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو إختار إبطال العقد (٢) .

٤٢- الفرق بين بيع ملك الغير وتعليق البيع على شرط التملك :

قد يحدث أن يبيع شخص شيئا معينا بالذات غير مملوك له ، ويعلق البيع

=الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه" وبناء على ذلك يشترط فى التعرض الصادر من الغير :

(أ) أن يستند الغير إلى حق يدعيه سواء كان هذا الحق حقا عينيا مثل أن يدعى الغير أنه المالك الحقيقى للمبيع كله أو بعضه ، أو حق ارتفاق أو حق حكر ، أو حق رهن أو اختصاص ... الخ .

(ب) أن يكون الحق الذى يدعيه المستحق (المالك الحقيقى مثلا) سابقا على عقد البيع .

(جـ) أن يقع التعرض الفعلى من الغير .

وعلى ذلك إذا تعرض المالك الحقيقى للمبيع للمشترى كان من حق الأخير الرجوع بالضمان على البائع بالضمان ، أنظر فيما سبق تفصيلا د. خميس خضر - السابق - عقد البيع ص ٢٩١ ، د. لبيب شنب - المرجع السابق ص١٧٩ ، د. محمد كامل مرسى - عقد البيع والمقايضة ط ١٩٥٣ ص٢٩٧ .

(١) الاستحقاق الكلى يتحقق إذا حرم المشترى من المبيع كله كما لو ظهر أنه مملوك لغير البائع وحكم له باستحقاقه .

(٢) د. محمد حسام لطفى - المرجع السابق ص ١٥١ ، د. أنور سلطان - عقد البيع ط ١٩٥١م ص ٣١٧ فقرة ٢٥٥ وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٤ ص ١٩٤ .

على شرط تملكه لهذا الشيئ ، فهذا البيــع ينعقد صحيحا لأنــه ليس بيعا لملك الغير ، إذ أن البائع لم يلتزم فيه بنقل ملكية المبيع التزاما باتا وإنما علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع فكلا من البائع والمشترى قـد اتفقا - منذ البداية - على أنْ البيع غير بات ، بل هو بيع معلق على شرط ، وهـذا الشـرط هو تملك البائع للمبيع ، فإذا تحقق الشرط وتملك البائع المبيــع ، إنتقلت الملكية الى المشترى ، وإذا لـم يتحقـق الشـرط سقط البيـع[1] ، ومثـال ذلـك : لـو بـاع شخص شيئا لآخر ، وجعل البيع موقوفا على شرط تملكـه بـالمزاد ، فـإذا رسـا المزاد على البائع عند بيع هذا الشيئ بالمزاد ، إنتقلت الملكية إلى المشترى وإلا سقط البيع (٢) .

كما أن البيع الإحتمالى لايعد بيعا لملك الغير ، لأن البائع فيـه يحتمـل أن يمتلك المبيع فتنتقل ملكيته الى المشترى ، ويحتمل ألا تتحقق له ملكية البيع فـلا تنتقل الى المشترى (٣).

وقد يتفق المتعاقدان لاعلى بيع معلق على شرط أن يملك البـائع المبيــع ، بل على أن يكسب ملكية شيئ معين بـالذات ، فينقلهـا للآخـر ، فهـذا الإتفـاق لا يعد بيعا لملك الغير ، بل هو ليس بيعا أصلا[4] لأن المتعاقد لم يلتزم فيــه بنقـل ملكية ، بل التزم بالقيام بعمل هو "كسب ملكية المبيع ، فإذا كسبها ، إستتبع ذلك إبرام عقد البيع بنقل هذه الملكية للمشترى ، وإذا لم يكسبها ، كان مسئولا عـن تعويض المشترى وفقا لأحكام التعويض فى هذا الشأن . وتختلف هذه الصـورة عن صورة التعهد عن الغير فى أن المتعهد عن الغير يلتزم بأن يجعل المتعاقـد

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى - المصدر السابق ص٢٧٣ .

(٢) أنظر : إستئناف مختلط فى ١٩٢٤/١٢/٢٣ م٣٧ ص٨٩ .

(٣) د. عبدالرزاق السنهورى - السابق - الموضع السابق هامش (١) .

(٤) ويمكن أن يسمى عقدا غير مسمى ، لأنه لايقصد منه نقل الملكية فى الحال ، وإنما يقصد منه الإلتزام بعمل معيـن ، وهـو وإن كـان عقدا سائغا - بهذا المفهوم - إلا أنـه لايعتـبر - لامـن الناحيـة الفنيـة ولا بـالنظر الـى قصـد المتعـاقدين - عقـد بيــع بـالمعنى المعروف . ومن ثم فلا شأن لأحكام بيع ملك الغير بمثل هذا العقد (أنظـر د. عبدالحميد البدراوى - المرجع السابق ص ١١٣) .

معه يكسب الملكية من الغير رأسا (١) ، فتنتقل اليه أولا ثم ينقلها هو بعد ذلك للمشترى وهى الصورة الواضحة لما نحن بصدده .

٤٣- الفرق بين بيع ملك الغير والبيع المعلق على شرط :

إذا كان للبائع حق على الشيئ المبيع ولو كان هذا الحق شرطيا ، لم يكن تصرفه بيعا لملك الغير (٢) لأن البائع هنا باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير بات (٣) ، ذلك أن الملك هنا إما أن يكون معلقا على شرط واقف ، فيتوقف وجوده على تحقق الشرط ، وإما أن يكون معلقا على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط (٤) وفى كلتا الحالتين تنتقل الملكية الى المشترى (المتصرف اليه) بذات الوصف الذى تتصف به (٥) أى أن الملكية تنتقل الى المشترى معلقة على الشرط الواقف أو معلقة على الشرط الفاسخ الذى كان مقترنا بملكية البائع ، فإذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشترى للمبيع باتة ، أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فقد أصبح المشترى غير مالك ، وليس له الرجوع على البائع مادام أنه قد إشترى عالما بالشرط واتضح أنه "قصد - فقط -شراء مجرد الأمل فى الملكية (فى حالة الملكية المعلقة على شرط واقف) أو ملكية ضعيفة مهددة بالفسخ (فى حالة الملكية المقترنة بالشرط الفاسخ) ولانكون بصدد بيع

---

(١) أنظر : د. عبدالرزاق السنهورى - المصدر السابق - الموضع السابق .

(٢) د. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص ٤١١ .

(٣) أنظر نقض مدنى فى ١٩٦٧/٨/١٨م - مجموعة أحكام النقض المدنى - س ١٨ رقم ١٥٤ ص ١٠٣٠ ، وأنظر فى هذا المعنى : د. أنور سلطان - عقد البيع ط ١٩٥١م - ص ٣٨٦ بند ٤٠٠ .

(٤) راجع : د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص ٢٧٣ ، وقارن : د. أحمد نجيب الهلالى ، د. حامد زكى - شرح عقد البيع ط ١٩٤٠م - بند ١٧٨ وأنظر : Boudry et saignat : op.cit, P 120

(٥) أنظر : د.عبدالرازق فرج - المرجع السابق ص ٧٦ ، د. حسام الدين الأهوانى - المرجع السابق ص ٦١ ، د/ عبدالسميع عبدالوهاب أبوالخير - الوجيز فى شرح أحكام البيع ط ١٩٩٢ ص ٧٦ .

لملك الغير الا فى حالة ما إذا قرر البائع أنه ملك ملكيه على حين أنه لم تكن له سوى ملكيه معلقة على شرط ثم تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ (١) وينطبق عليه هنا جزاء بيع ملك الغير سواء كان هذا الجزاء هو البطلان أم الفسخ على نحو ما سيأتى بيانه فى المطلب التالى بإذن الله .

٤٤- الفرق بين بيع ملك الغير وبيع الوارث الظاهر :

يحسن فى البداية أن نعرف الوارث الظاهر حتى نتعرف على حقيقة بيعه ومايختلف فيه مع بيع ملك الغير ، فنقول إن الوارث الظاهر : هو "من يحمل نفسه ويحمله الناس على أنه وراث ثم يتضح أنه ليس كذلك" (٢). وذلك كالوراث الأبعد فى درجة الإرث إذا إستولى على مال المتوفى لعدم علمه وعلم الكافة بوجود من يحجبه فى الإرث . هذا هو مضمون الوراث الظاهر ، فما الحكم لو باع شيئا من مال المتوفى ، ثم ظهر الوراث الحقيقى ، وتبين أن الوراث الظاهر باع ملك الغير ؟ .

حقيقة الأمر أن الوارث الظاهر لايعتبر مالكا للمبيع ، ومن ثم يكون بيعه بيعا لملك الغير (٣) ، غير أن دواعى إستقرار التعامل إستوجبت جعل بيع الوراث الظاهر صحيحا نافذا فى حق الوارث الحقيقى وفقا لنظرية "حماية الأوضاع الظاهرة" (٤) التى أقرها القضاء

---

(١) د. عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص ٤١٢ ، وأنظر د. عبدالرزاق السهنورى المرجع السابق – الموضع السابق ، د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص ٦٩٥ ، د. خميس خضر – المرجع السابق – فقرة ١٧٢ ص ٢٧٠ ومابعدها .

(٢) د. سليمان مرقس – المصدر السابق ص ٧٢٧ بند ٣٠٦ مكرر .

(٣) نقض مدنى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٧٩ – مجموعة أحكام النقض س ٣٠ – ص ٩٨٠ رقم ١٨١ ، وأنظر : د. عزالدين عبدالله فى حماية خاصة بالدائنين المرتهنين رسالة من جامعة القاهرة سنة ١٩٤١ ص ٣٠٨ ، د.عبدالفتاح عبدالباقى – محاضرات فى العقود – جـ٢ عقد البيع ط ١٩٥٦م ص ٩٤ بند ٦١ .

(٤) مؤدى نظرية حماية الأوضاع الظاهرة Théorie l'apparence أن من يتعامل بحسن نية مع شخص يظهر للناس بصفة معينة ويحمله الناس فعلا على هذه الصفة ، ثم تكشف الأيام عن عدم صحة هذه الصفة فإنه يكون جديرا بحماية القانون لحسن=

المصرى (١) ، ومن ثم يستطيع المشترى أن يتملك البيع ، ولايكون فى حاجة إلى تلك الحماية التى أسبقها القانون على بيع ملك الغير (٢) ولآن القول بغير ذلك سيكون مبعث إضطراب كبير فى المعاملات يودى بما ينبغى أن يكون لها من استقرار (٣) حتى تستقر أوضاع المتعاملين بموجب هذا الشكل الظاهر ، وحتى يمكن حماية الغير الذى كسب حقا من الوارث الظاهر على بعض الأموال الموروثة وبخاصة إذا كان قد كسب هذا الحق بمقابل .

٤٥- الفرق بين بيع ملك الغير وبيع الشيئ الشائع (٤):

إذا باع شخص مالا يملكه على الشيوع مع آخرين ، فإن الأمر يتوقف

= نيته ولشيوع الغلط فى حقيقة هذا المظهر الكاذب ، مثل ما جاء فى المادة ١٥٧ مدنى مصرى بشأن النيابة الظاهرة ، والمادة ٢٤٤/مدنى بشأن صاحب العقد الظاهر الذى تثبت صوريته ، والمادة ٣١٧ مدنى بشأن الوكالة الظاهرة... الخ - أنظر فى ذلك : د/ سليمان مرقس - المصدر السابق ص ٧٢٨ ، ٧٢٩ .

(١) أنظر نقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٨٦ السنة ٥٤ ق طعن رقم ٨٢٦ ، ونقض مدنى فى ١٩٧٩/٥/٢م - مجموعة أحكام النقض - س ٣٠ ص ٢٦٣ - رقم ٢٣٣ ، ونقض مدنى فى ١٩٧٩/١٢/٢٩ - المجموعة السابقة س ٣٠ ص ٤١٢ رقم ٤١٦ ، ونقض مدنى فى ١٩٨٨/١٢/١٧ السنة ٥٤ق . طعن رقم ١٢١٢ ، نقض مدنى فى ١٩٨٨/٥/٥ السنة ٥٧ق طعن رقم ١٧٣٨ .

(٢) السنهورى - المصدر السابق - الموضع السابق .

(٣) د. سليمان مرقس - السابق ص ٧٢٧ ، وأنظر د. عبدالباسط جميعى - فى : نظرية الأوضاع الظاهرة - ط القاهرة سنة ١٩٥٧ ص ٢٢٢ ومابعدها ، د. جمال مرسى بدر - النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٥٢ رسالة من جامعة القاهرة ط ١٩٥٣ ص ١٥٢ومابعدها ، ود. عزالدين عبدالله المرجع السابق ص ٣٩ ومابعدها وأنظر :
Aubry et Rou : op cit. No 351

(٤) عرفت المادة ٨٥٢ مدنى مصرى الملكية الشائعة حين قالت: " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع "، أى أن الشريك على الشيوع يستقل بملكية حصة شائعة فى كل المال المملوك على الشيوع ، ولايستقل بملكية أى جزء مفرز منه .

على ما تسفر عنه قسمة المال الشائع ، فإذا وقع الشيئ المبيع كله ضمن حصة البائع نكون أمام عقد بيع صحيح ، وإذا وقع الشيئ المبيع كله أو جزء منه في حصة غير البائع – بعد القسمة نكون أمام بيع لملك الغير (١) وجاز للمشتري طلب إبطاله حتى ولو وقع جزء فقط من المال الشائع المباع في غير حصة البائع مادام المشترى يتضرر من ذلك ، كما لو كان قد قصد شراء الجزء المعين في العقد لغرض لايصلح له الجزء الذى دفع في نصيب البائع .

٤٦- الفرق بين بيع ملك الغير والوعد بالبيع الصادر من غير المالك :

الوعد بالبيع : عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بالبيع بقبول إبرام عقد آخر في المستقبل مع شخص (المشترى) يسمى الموعود له إذا ما أظهر الموعود له (المشترى) إرادته في التعاقد معه خلال مدة معينة (٢) .

وتأسيسا على ذلك لايعتبر الوعد بالبيع الصادر من غير المالك : بيعا لملك الغير ، بل يصح الوعد في هذه الحالة ، فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في الأجل المحدد ، وكان الواعد قد أصبح مالكا للمبيع في هذا الوقت (ظهور الرغبة في الشراء) ، تم البيع والعقد دون أثر رجعى وإذا لم يكن الواعد قد أصبح مالكا للمبيع وقت ظهور رغبة الموعود له في الشراء إنقلب الوعد بالبيع الى بيع لملك الغير وكان قابلا للإبطال (٣) .

---

(١) أنظر : د.عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق ص ٢٧٤ . وأنظر : د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٧٣٧ ومابعدها .

(٢) أنظر د. توفيق فرج (بتصرف) المرجع السابق ص ٦٣ فقرة ٣٩ ، د. لبيب شنب (بتصرف) – مصادر الإلتزام ص ١٣١ فقرة ٩٩ط ٧٧/٧٦ د. جميل الشرقاوى مصادر الإلتزام ط ١٩٧٤م ص ٢٨٦ وأنظر المادة ١٠١ من التقنين المدنى المصرى .

(٣) د. عبدالرزاق السنهورى – المصدر السابق – هامش (١) ص ٢٧٣ ، د.عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص ٤١٢ ، د. محمد حسام لطفى – المرجع السابق ص ٢٦–٢٨ وأنظر نقض مدنى في ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٨٣٤ .

٤٧- تعقيب :

إذا كنا فى هذا المطلب قد أخرجنا : إيجار ملك الغير ، والتعهد عن الغير ، وبيع الشيئ المستقبل ، وضمان الاستحقاق ، والبيع على شرط التملك ، والبيع المعلق على شرط ، وبيع الوارث الظاهر ، وبيع الشيئ الشائع ، والوعد بالبيع الصادر من غير المالك من نطاق بيع ملك الغير - لم يبق بعد ذلك فى منطقة بيع ملك الغير إلا : البيع الذى يصدر من شخص لشيئ معين بالذات غير مملوك له إذا قصد بالبيع نقل الملكية فى الحال (١) ، أى بمجرد الإتفاق وسواء بعد ذلك أن يكون البائع هو الذى تولى إبرام العقد بنفسه ، أم تولاه نائب عنه ، وسواء كان البيع نيابة عنه تم بإختياره ، أم جبرا عنه ، وسواء تم بالممارسة أم بالمزاد .

٤٨- صور بيع ملك الغير :

تظهر أهمية بيان حكم القانون فى شأن بيع ملك الغير إذا علمنا أنه كثير الوقوع فى الحياة العملية وله صور كثيرة وخاصة فى المنقول ، فالشريك فى الشيوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك إلا حصته فيها ، والآب قد يبيع مال إبنه لاباعتباره نائبا عنه بل بإعتباره أصيلا عن نفسه ، والزوج قد يبيع مال زوجته لاباعتباره وكيلا عنها بل بإعتباره أصيلا عن نفسه ، والوارث قد يبيع عينا ليست فى التركة ، أو فى التركة ولكنها لم تقع فى حصته ، أو تقع فى حصته ولكنها مستغرقة بالدين . وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك ، والحاضر قد يبيع أموال الغائب أو أموال الدولة الخاصة (٢) الى غير ذلك من الصور المختلفة .

وهذا الذى أوردنا أمثلة له إنما يكون عادة - فى بيع المنقول ، أما فى

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص ٢٧٥ ، وأنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ ص ١٩٣ .

(٢) أنظر فيما سبق : د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص ٦٩٥ ، د. عبدالودود يحى - دروس فى العقود المسماه - البيع والإيجار والتأمين ط ١٩٧٦ - ص ١٧٤ ، د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص ٢٧٥ ، د. توفيق فرج - عقد البيع ط ١٩٧٩ ص ١٢٢ .

العقار فمن المتصور وقوعه ، إلا أنه نادرا فى الحياه العملية ، نظـرا لإشـتراط التسجيل فى بيع العقار . فى كل مـن القـانون المصـرى [١] والقـانون الفرنسـى حيث يرى بعض الفقه الفرنسى "أن بيع الأموال العقارية والخاصة بالغير نـادرة الوقوع فى ظل قانون التسجيل والذى صدر به قرار بقـانون فـى ٤ ينـاير سنة ١٩٥٥[٢] وننتقل بعد ذلك الى بيان حكم بيع ملك الغير فى الفصل التالى بعـون الله وتوفيقه .

---

(١) أنظر د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع السـابق ص ٤٣٣ فقـرة ٢٤٩ ، د. حسـام الأهوانى – المرجع السابق ص ٨٨ ومابعدها ، د. عبدالرازق فرج – السـابق ص ١٤١ ومابعدها وأنظر المادة ٩٣٤ مدنى ، د. محمد المهـدى إبراهيم فـى رسـالته السـابقة ص ١٧٦ .

(٢) أنظر فى ذلك :

Ripert et Boulanger : traite de droit civil, d'apre le traite' de planiol, t, 3°ème, contrats civil principoux contrats, paris, 1958, No 1304

وأنظر : د. محمد المهدى إبراهيم – المرجع السابق ص ١٧٧ .

المبحث الثالث

حكم بيع ملك الغير فى القانون المدنى

٤٩- تمهيد :

تضاربت أراء الفقه المصرى والأجنبى وأحكام المحاكم بشأن حكم بيع ملك الغير ، فذهب البعض الى أن جزاء بيع ملك الغير هو البطلان ، وذهب البعض الآخر الى أن الجزاء هو الفسخ ، وذهب فريق ثالث الى أن الجزاء هو أن العقد موقوف على إجازة المالك الحقيقى للبيع ... الخ .

ومع تضارب هذه الآراء فى تحديد حكم بيع ملك الغير ، فإننا سنعرض للنظريات الواردة فى حكم هذا البيع فى كل من الفقه والقضاء المصرى والفرنسى، فى مطلب مستقل ثم نزيل هذا المبحث بمطلب نتحدث فيه عن رأينا الخاص فى بيان حكم بيع ملك الغير .

المطلب الأول

تأصيل بيع ملك الغير فى القانون الفرنسى

٥٠- نظريات فقهية متعددة :

تنص المادة ١٥٩٩ من المجموعة المدنية الفرنسية على "بيع ملك الغير باطل ، ويمكن أن يعطى للمشترى الرجوع بالتعويضات ، إذا كان يجهل أن الشيئ المبيع غير مملوك للبائع" .

Art : 1599. le vente de la chose d'autrui est mulle : il peut donner lieu á des dommagees-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose bût a autrui.

ويستبين من النص السابق أن جزاء بيع ملك الغير فى القانون الفرنسى هو البطلان ، ولكنه بطلان من نوع خاص ولم تتفق وجهة نظر الفقه الفرنسى فى طبيعة هذا البطلان لأن المادة المذكورة لم تجعل حق التمسك بالبطلان مقصورا على المشترى دون البائع ، ولم تنص على أثر بيع ملك الغير فى حق البائع أو المشترى ولم تسمح بإجازة هذا البيع لأى منهما ، .... الخ ومن ثم كان تعدد آراء الفقه الفرنسى بشأن طبيعة هذا البطلان وهو ما سنعرض له فى

البنود الآتية :

٥١- الرأى الأول : بطلان بيع ملك الغير هو عبارة عن دعوى الفسخ :

يرى بعض الفقه الفرنسى (١) أن البطلان المنصوص عليه فى المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسى هو عبارة عن "دعوى الفسخ "(٢) لآن البائع فى بيع ملك الغير لايستطيع تنفيذ التزامه بنقل الملكية الى المشترى مما يحول المشترى أن يطلب فسخ العقد ، ومن ثم كان البطلان المنصوص عليه فى المادة السابقة ما هو الا تطبيق للفسخ المنصوص عليه فى المادة ١١٨٤ الخاصة بالإلتزامات الملزمة للجانبين ، والتى يوجد لها تطبيق ظاهر فى المادة ١٦٥٤ مدنى فرنسى التى تنص على أنه "إذا لم يدفع المشترى الثمن ، فإن البائع يستطيع أن يطلب فسخ البيع" وبما أن المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسى قررت نوعا آخر من الفسخ لصالح المشترى من الوقت الذى يكتشف فيه أن البائع غير مالك للشيئ المبيع لعدم قدرة البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية الى المشترى فإنها أدرجت هذا النوع الخاص من الفسخ تحت إسم البطلان ، أى أن البطلان الوارد فى هذه المادة ما هو الا دعوى الفسخ مفردة لصالح المشترى .

ويترتب على الآخذ بهذا الرأى النتائج الآتية :

(أ) تتقادم دعوى البطلان بمضى ثلاثين عاما .

(ب) تطبق قواعد الفسخ على هذه الدعوى ، وبخاصة حالات الفسخ التى

---

(١) أنظر :

Beudan : Cours de droit - civil français (la vente et le louage) : Publié par Robert Beudant, paris, 1908, No. 117, PP. 75-76.- Ripert et Boulanger: traité de droit civil, d' aprés le traité de planiol, t, 3^{o}eme contrats civil principaux contrats, paris, 1958. No. 1301, P. 444.

(٢) أى هو بيع قابل للفسخ وليس باطلا – فللمشترى فسخ البيع علما بأن أثر العقد يختلف عن أثر تقرير البطلان من حيث الشروط والآثار ... الخ ، راجع فى ذلك تفصيلا: د. جميل الشرقاوى – مصادر الإلتزام ط ١٩٧٤ ص ٢٤٥-٢٦٠ ، د. لبيب شنب – مصادر الإلتزام – ط ٧٧-٧٨ ص ٢٣٤-٢٤٢ ، ص ٣٠٨-٣١٠ .

تتقرر بحكم القضاء وليس بقوة القانون .

(جـ) تختص دعوى البطلان المنصوص عليها فى المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسى بالمشترى وحده دون البائع [١].

ومع تقديرنا لقوة منطق هذا الرأى إلا أنه قد لوحظ عليه أنه يتعارض وصريح نص المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسى التى نصت على "البطلان" كجزاء لبيع ملك الغير ، وهو يختلف عن الفسخ فى الأحكام والشروط والآثار ، كما أن بيع ملك الغير لو كان جزاؤه الفسخ فقط لكان للقاضى سلطة تقديرية فى إجابة المشترى اليه ، ولما إستطاع أن يقضى به لو تمكن البائع من نقل الملكية الى المشترى بعد رفع الدعوى"[٢] .

٥٢- الرأى الثانى : دعوى بطلان بيع ملك الغير هى : دعوى ضمان معجل :

ذهب هذا الرأى الى القول بأن دعوى البطلان المنصوص عليها فى المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسى : ماهى الا دعوى ضمان ، ولكنه "ضمان معجل" ، بمعنى أن المشترى لايستطيع مباشرة هذه الدعوى الا إذا إنتزعت يده من المبيع أو على الأقل تعرض لنزع يده ، فالمشترى إذا كان لايمكنه رفع "دعوى ضمان التعرض" العادية المنصوص عليها فى المادة ١٦٢٦ مدنى فرنسى إلا إذا تعرض له المالك الحقيقى ، فإنه يستطيع رفع "دعوى الضمان المعجل ضد البائع قبل حصول تعرض المالك الحقيقى له ، ومن ثم فإن دعوى بطلان بيع ملك الغير المنصوص عليها فى المادة ١٥٩٩ مدنى فرنسى يطبق بشأنها كل قواعد الضمان ، ولا يستطيع البائع أن يحتج بالمادة ١٥٩٩ حتى ولو كان حسن النية ، ويترتب على ذلك أن مدة تقادم هذه الدعوى هى ٣٠ سنة من

---

(١) أنظر : د. محمد المهدى إبراهيم - المرجع السابق ص ١٧٨ وأنظر بيدان المرجع السابق ص ٧٦ .

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص ٢٧٦ .

وقت إكتشاف عدم ملكية البائع للمبيع [١] وفقا لنص المادة ١٢٧٥ من المجموعة المدنية الفرنسية وقد عيبت على هذه النظرية أنها خلطت بين معنى الضمان ومعنى البطلان [٢].

٥٣- الرأى الثالث : بيع ملك الغير بيع باطل :

يرى فريق كبير من الفقه الفرنسى أن بطلان بيع ملك الغير والمنصوص عليه فى المادة ١٥٩٩ هو البطلان بمدلوله القانونى الدقيق [٣] ، ولايجب إدراجه تحت قواعد الفسخ ، ولاتحت قواعد الضمان العادى أو المعجل ، بل يجب بحثه فى نطاق نظرية البطلان . وقد إنقسم هذا الفريق بدوره الى

---

(١) أنظر : ريبير ، دبولانجيه – السابق جـ٣ فقرة ١٣٠٥ ص ٤٤٥ ، وبيدان – المرجع السابق ص ٧٦ فقرة ١١٨

وأنظر : Encyclopedie, Dalloz, "vente",T.5, 1976, No 389

(٢) السنهورى – السابق ص ٢٧٩ .

(٣) البطلان فى فقه القانون هو : وصف يلحق التصرف القانونى المعيب بسبب محالفة أحكام القانون التى تنظم إنشاؤه ، وبذلك يكون هذا التصرف غير صالح لإنتاج الآثار القانونية المقصودة به ، وهذا يعنى إنعدام كل أثر للعقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، وبذلك يتبين إختلاف البطلان عن الفسخ رغم أن كلا منهما يؤدى الى إنعدام التصرف القانوني فالفسخ يترتب علي عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته الناشئه عن التصرف القانوني في عقد ملزم للجانبين وسببه عدم التنفيذ كما أنه جزاء ينصب علي العقد، أما البطلان فسببه لابد ان يكون مخالفه للقانون تؤدي الي عيب التصرف عند إبرامه كما أنه وصف ينصب علي التصرف القانوني أي علي الاداره نفسها والبطلان قد يلحق العقد فورا ويقال له البطلان المطلق وهو يعني عدم انعقاد العقد ؛ ولذلك لا يرتب أي اثر ، وقد يلحق البطلان العقد بعد ان يمر بمرحله صحه ،ويسمي البطلان النسبى : وفي هذه المرحلة يكون العقد صالحا لإنتاج آثاره ولكن يمكن إبطاله لعيب معاصر لانعقاده ، فالعقد القابل للإبطال عقد صحيح مادام لم يتقرر إبطاله، وهو بهذه الصفة ينتج آثاره ككل العقود الصحيحه ، اما اذا تقرر ابطاله فإنه يكون كالعقد الباطل بطلانا مطلقا فلا ينتج اي اثر انظر فيما سبق : د.جميل الشرقاوي ـ مصادر الالتزام ط١٩٧٤ ص٢١٤، ٢١٥ ، د. لبيب شنب ، مصارد الالتزام ص٢٢٢.

عدة إتجاهات :

فذهب إتجاه داخل هذا الرأى الى أن بيع ملك الغير هو باطل بطلان مطلق mullite absolue لإنعدام المحل ، إذ من القواعد المقررة والمتفق عليها فقها وقضاء أن المحل أحد أركان العقد وبانعدامه ينعدم العقد ويصبح لا وجود له ، (لآن البائع ليس مالكا) ويترتب على ذلك :

(أ) أن كلا من البائع والمشتري يستطيع التمسك بهذا البطلان .

(ب) تقادم دعوى البطلان بمضى ٣٠ سنه وفقا لأحكام القانون الفرنسى (١)

وذهب اتجاه الى القول بأن بطلان بيع ملك الغير وإن كان بطلان مطلقا كالإتجاه السابق إلاّ أن أساس هذا البطلان هو انعدام السبب وليس انعدام الحل (٢) أى أن انعدام سبب الالتزام كانعدام محله كل منهما يؤدى الى بطلان العقد بطلانا مطلقا وهذا الاتجاه يصل برأيه الي نفس النتيجه التي وصل اليها اصحاب الاتجاة السابق من حيث ان هذا البطلان يستطيع ان يتمسك به كل من البائع والمشتري علي حد سواء ولا تتقادم دعوى هذا البطلان المطلق إلا بمضى ثلاثين عاما .

---

(١) انظر : بيدان المرجع السابق ص٧٧ ، فقرة ١١٩ .

(٢) انظر عرضا لهذا الرآى ، د. محمد ابراهيم المهدي المصدر السابق ص ١٨٢ الذى يذكر انه ممثل هذا الرأى فى الفقه الفرنسى هو الفقيه "ماركادى" الذي يهاجمه الفقيه شارل بيدان هجوما عنيفا حيث يري الاخير انه لاداعي للتفريقه بين البطلان لانعدام السبب او لانعدام المحل لأن لهما نفس الخصائص ويجعلان البيع باطل بطلانا مطلقا ، انظر في هذا المعني :

Mazeaud Lecons De DroitCivil T3 Deuxieme Volume Principaux Contrats 4^{O} Eme ed E'dition Monlchrestion Paris ,1974, p.79, No. 816.

و يؤخذ علي الاتجاهين السابقين _ كما يري بعض الفقه - أن ما قالا به "يتعارض مع الآثار الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير ولو كان هذا البيع باطلا بطلانا مطلقا لما أنتج أثرا ، هذا الي أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيئ غير مملوك له ثم يحصل علي ملكيته فينفذ التزامه ، فالسبب إذاً غير معدوم والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة ، وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق" (١) .

وذهب الاتجاه الثالث فى نطاق هذا الرأي الي القول بأن البطلان المنصوص عليه في الماده ١٥٩٩ مدني فرنسي هو بطلان نسبى MULLITÉ RELETIVE ويؤسس هذا الفريق البطلان النسبي علي أساس "الغلط" في شخص البائع إذ أن البائع ليس له صفة وهي أحد الشروط الجوهريه في عقد البيع أو أن " الصفه " واجبة في الشيء المبيع بصفة كونه مملوكا للبائع وقت البيع ، والغلط فى صفة جوهرية في الشيئ أو فى الشخص تجعل البيع باطلا بطلانا نسبيا (٢).

ويترتب علي ذلك :

(أ) دعوي البطلان النسبى في بيع ملك الغير تتقادم بمضى عشر سنوات من يوم اكتشاف الوقوع في الغلط وفقا للمادة ١٣٠٤ مدني فرنسى .

(ب) دعوي البطلان يستطيع أن يتمسك بها المشترى والبائع علي السواء(٣) إذا كان أى منهما قد وقع فى غلط ، كما يستطيعا أن يتمسكا بهذه

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص٢٧٧، وانظر د. اسماعيل غانم - مذكرات في عقد البيع ص١٥ وما بعد .

(٢) انظر د. محمد ابراهيم ، المرجع السابق ص٧٩،٨٠ فقرة ٨١٦ .

(٣) اظر ريبيروبولانجيه علي مصنف بلانيول ص٤٤٤ ، بند١٣٠٢

الدعوى إذا كان الغلط مشتركا بينهما [١] ، أى وقعـا معا فى غلط . ويبدو أن هذا الاتجاه هو ما يميل اليه القضـاء الفرنسـى الـذى حكم بـأن بيـع ملـك الغير باطل بطلانا نسبيا والمشترى وحدة دون البائع هـو الـذى لـه حـق رفـع دعـوى البطلان على أساس أنه وقع فى غلط [٢] .

٥٤- تقييم آراء بيع ملك الغير فى فقة القانون الفرنسى:

هذه هي أهم آراء الفقه و القضاء الفرنسى فـى أسـاس بطـلان بيـع ملـك الغير ، وهي آراء لا يمكن أن تتمشى مع النص الوارد فى المادة ١٥٩٩ مدنـى فرنسى [٣] التى تقرربطلان بيع ملك الغير وحق المشترى فى التعويض ، ولـم تسمح - فى ذات الوقت - بإجازة العقد لامـن جـانب المشـترى ولامـن جـانب المالك ، ولم تقرر سقوط حق المشترى فى طلب الإبطال لمجـرد إقـرار المـالك العقد ، أو لكسب البائع أو المشترى ملكية البيع [٤] ومن تم وجـب التسـليم بـأن البطلان التى نظمته المادة المذكورة هو بطلان من نوع خاص ، وخـاص بعقد البيع فقط [٥] .

---

(١) انظر بيدان -المرجع السابق (البيع والإيجار) ص٧٨،٧٧ بند ١١٩ .

(٢) محكمـة النقـض المدنيـه الفرنسـية - الدائـرة الأولـى- داللـوز القضـائى ١٩٥٨م -١ - ٦١٩، وانظـر كذلـك : حكـم نفـس المحكمـة فــى ١٩٦٧/١٢/٤م- داللـوز١٩٦٨م -١- ٢٨٣ .

(٣) د.محمد المهدى ابراهيم - المرجع السابق ص١٨٤.

(٤) أنظر : د.سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧١٣ بند ٣٠٠ .

(٥) بلانيول ورييير ، جـ١٠ ص٥٠ نبذة٤٨٠

المطلب الثاني

تأصيل أحكام بيع ملك الغير في القانون المدني المصري

٥٥- إجمال:

تعددت آراء شراح القانون المصري -كما هو الشأن في القانون الفرنسي تماما- في أساس بطلان ملك الغير، إلا أنه يمكن حصر هذه الآراء في نظريات خمس:

(أ) النظرية الأولي: بيع ملك الغير قابل للفسخ.

(ب) ،، الثانية: ،، ،، ،، باطل بطلانا مطلقا.

(ج) ،، الثالثة: ،، ،، ،، باطل بطلانا نسبيا.

(د) ،، الرابعة: ،، ،، ،، بيع موقوف علي إجازة المالك الحقيقي كما هو في الشريعة الإسلامية.

(هـ) ،، الخامسة: بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا أنشأه القانون بنص خاص.

وسنعرض فيما يلي لهذه النظريات مع تقديرها، ثم نعقب ذلك برأينا الخاص في المطلب الثاني.

٥٦- النظرية الأولي: بيع ملك الغير بيع صحيح قابل للفسخ:

يري بعض الفقه[١] أن بيع ملك الغير قابل للفسخ[٢]، وليس باطلا ومرد

---

(١) د. جميل الشرقاوي في رسالته: بطلان التصرف القانوني- من جامعة القاهرة عام ١٩٥٦ فقرة ١٠٣ ص٢٩٣، ولنفس المؤلف- البيع- ط١٩٦٦م ص١٠٧ فقرة ٤١، وانظر د. إسماعيل غانم- مذكرات في عقد البيع ط١٩٥٨م ص٣٢،٣١ ، د. منذر الفضلي، د. صاحب الفتلاوي- العقود المسماة- البيع والإيجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية ط١٩٩٣م ص١٦٥.

(٢) وهو ما يأخذ به المشرع الأردني الذي عالج أحكام بيع ملك الغير في المادتين=

قابليته للفسخ أن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه من نقل ملكية المبيع إلي المشتري، مما يخول لهذا الأخير أن يطلب فسخ العقد؛ فيزول بأثر رجعي، وهذا الجزاء هو ما تمليه القواعد العامة[١].

وهذا الرأي يعني أن بيع ملك الغير صحيح وإن لم ينقل الملكية إلي المشتري، لأن نقل الملكية ليس من مستلزمات عقد البيع بدليل أن هناك بيوعات كثيرة لا يترتب عليها نقل الملكية ومع ذلك فهي صحيحة وفقا للقواعد العامة كبيع الأموال المستقبلة وبيع المثليات.. إلخ. كل ما في الأمر أن بائع ملك غيره إذا لم يقم بتنفيذ إلتزامه بنقل الملكية جاز للمشتري أن يطلب فسخ العقد مع التعويض سواء كان البائع حسن النية أم سيئ النية، ولا يجوز للبائع طلب الفسخ لأنه هو المخل بالإلتزامه بدليل أنه لو تمكن من نقل ملكية المبيع بأي وسيلة امتنع علي الأخير طلب الفسخ[٢].

ويدلل هذا الفريق من الشرّاح علي صحة ما ارتآه بأن النتائج التي ترتبها المحاكم علي أحكام بيع ملك الغير تتفق كلها مع قواعد الفسخ ومن ثم وجب ألا يكون هناك محل للتمسك بلفظ "البطلان" الوارد في المادة ٤٤٦ مدني مصري[٣] "مادامت قواعد البطلان لا تؤدي إلي هذه النتائج المسلمة التى تؤدى

=٥٥١،٥٥٠ واعتبر بيع ملك الغير فيهما موقوفا علي إجازة المالك، كما بين المشرع الأردني مصير العقد في حالة الإجازة باعتبارها تصرفا انفراديا من المالك فالمادة (٥٥٠) من التقنين المدني الأردني تنص علي أنه "١- إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع. فبيع ملك الغير في القانون الأردني قابل للفسخ علي نحو ما ذكرناه. أنظر: د. منذر الفضلي، د. صاحب الفتلاوي- السابقص١٦٥ .

(١) أنظر في عرض هذا الرأي ونقده: د. توفيق فرج- عقد البيع والمقايضة- ط١٩٧٩ ص١١٦، وقرب من ذلك: د. عبدالمنعم البدراوي- الوجيز في عقد البيع ط١٩٨٣م ص٤١٥.

(٢) كأن يحمل المالك علي إجازة (إقرار) البيع، أو كسب البائع ملكية المبيع عن طريق الميراث، أو بالحيازة، أو بالتقادم، ونقلها بعد ذلك للمشتري.

(٣) ويقابلها في التقنين القديم المادة ٣٣٣/٢٦٤.

إليها نظرية الغلط"[١].

٥٧- تقدير هذه النظرية:

رغم أن نظرية الفسخ تعتبر أكثر إقناعا في بيان أساس بطلان بيع ملك الغير[٢]، إلا أنها كانت محل نقد من قبل معظم الفقه المصري، ووجه إليها اعتراضات وجيهة أهمها:

(أ) أن عقد البيع اصح في العصر الحديث عقدا ناقلا للملكية بذاته، وإذا قيل بأن القوانين الحديثة تعتبر بعض أنواع البيوع صحيحة مع أنها لا تنقل الملكية بذاتها كبيع الأموال المستقبلة، وبيع المثليات فما ذلك إلا استثناء من الأصل فرضته ظروف ضرورة استقرار المعاملات جعلت البيع في القانون الحديث إما أن يراد منه نقل الملكية بذاته ومن مستلزمات هذا البيع أنه ينتج أثره الناقل للملكية فور التعاقد، وهذا النوع من البيع يشمل كل بيع وارد علي مال حاضر معين بالذات ولم يرجأ فيه انتقال الملكية بإرادة الطرفين[٣]. وإما أن يراد منه الاقتصار علي إنشاء إلتزام بنقل الملكية فقط، فلا يعتبر انتقال الملكية بمجرد العقد من مستلزماته ومن أمثلته بيع الأموال المستقبلة، وبيع الأموال الحاضرة الغير معينة بالذات[٤]،... إلخ .

---

(١) أنظر في بسط هذا الرأي -رغم نقده له- د. سليمان مرقس- السابق- ص٧١٥ نبذة ٣٠١، وأنظر: د. جميل الشرقاوي- بطلان التصرف القانوني- الموضع السابق، د. عبدالمنعم البدراوي- المرجع السابق- الموضع السابق.

(٢) د. توفيق فرج- المرجع السابق ص١١٦.

(٣) د. سليمان مرقس- المرجع السابق ص٧١٥، وانظر د. منذر الفضلي، د. صاحب الفتلاوي- العقود المسماة- البيع والإيجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية- الطبعة الأولي- ١٩٩٣ ص١٦٥.

(٤) وسواء في ذلك أكانت الأشياء الغير معينة بالذات عقارا أو منقولا كخمسة أرداب من القمح وعشرة أمتار من القماش، فإذا كان المبيع المثلي لم يملكه البائع وباعه فلا يعتبر بيعا لملك الغير، علي أن يراعي أن البيع المثلي إذا اتم إفرازه كان بعد الإفراز معينا بذاته وجاز أن يرد عليه بيع ملك الغير إذا لم يكن مملوكا لبائعه، أنظر فيما سبق: د/ عبدالناصر توفيق العطار- البداية في شرح أحكام البيع ط١٤٠٥هـ ١٩٨٤م - ص١٠١ وما بعدها.

فإذا كانت نية العاقدين قد اتجهت في بيع ملك الغير إلي إبرام عقد بيع ناقل للملك بمجرد الإتفاق كان بيعا غير منعقد وبالتالي غير ناقل للملكية فيكون هذا العقد مغايرا للعقد الذي قصده العاقدان، فلابد من التسليم بأن بيع ملك الغير يقع باطلا مادام قد قصد به أن يكون ناقلا للملك بذاته"(١).

(ب) القول بأن بيع ملك الغير قابل للفسخ وليس باطلا يتصادم مع صريح نص التقنين المدني المصري القاضي ببطلان بيع ملك الغير في المادة ٤٦٦ إذ أن البطلان شئ والفسخ شئ آخر(٢) يختلف عنه في الماهية والشروط والآثار، ولو أخذنا بنظرية الفسخ استنادا إلي القواعد العامة لكان نص بيع ملك الغير تزيدا(٣).

(ج) إذا قلنا بأن جزاء بيع ملك الغير هو "الفسخ" لكان "للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه، ولما استطاع أن يقضي به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلي المشتري بعد رفع الدعوي"(٤).

(د) تقضي قواعد الفسخ بأن القاضي يستطيع أن يمنح المدين آجلا لتنفيذ إلتزامه(٥) في حين أن المحاكم تقضي بأنه متي طلب المشتري الإبطال في بيع ملك الغير تعين له الحكم به(٦) علي خلاف الأمر في الفسخ.

(هـ) تقضي قواعد الفسخ بأنه لا يجوز طلب الفسخ إلا بعد إعذار المدين، في حين أن القضاء قد استقر علي حق المشتري في طلب إبطال بيع ملك الغير

---

(١) د. سليمان مرقس- المصدر السابق ص٧١٦.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري- المرجع السابق ص٢٧٦ فقرة ١٥٥، د. محمد حسام لطفي- المرجع السابق ص١٠٩، د.عبدالمنعم البدراوي- السابق- ص٤١٥.

(٣) د. توفيق فرج- المرجع السابق ص١١٧.

(٤) د. عبدالرزاق السنهوري- المصدر السابق- الموضع السابق، وانظر: د. لبيب شنب في مصادر الإلتزام- السابق ص٣٠٠.

(٥) أنظر نقض مدني في ٢٥ مارس ١٩٦٥- مجموعة أحكام النقض المدني- س ١٦-٦٥-٤١٣.

(٦) أنظر نقض مدني في ١٩٦٣/٣/١٤م طعن رقم ٢٤٣ س ٢٨ق ، ونقض مدني في ١٩٨٣/٤/٢٠ طعن رقم ١٩٧٢ س ٤٩ق.

ملك الغير دون إعذار البائع. كما ان قواعد الفسخ تسمح برفض طلب الفسخ إذا عرض المدين الوفاء قبل النطق بالفسخ، في حين أن المحاكم تقضي بأن إقرار المالك البيع الصادر من غيره أو كسب البائع ملكية المبيع لا يحول أيهما دون الحكم بالبطلان إلا إذا حدث قبل رفع المشتري دعوي الإبطال(١).

هذه هي أهم انتقادات نظرية الفسخ كأساس لبطلان بيع ملك الغير.

٥٨- النظرية الثانية: بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا(٢):

ذهب فريق من الشراح(٣) إلي القول بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا

---

(١) د. سليمان مرقس- المرجع السابق ص٧١٦، وانظر نقض مدني في ١٩٦٨/٥/٨م طعن رقم ١١٧٣ لسنة ٥٤ق حيث جاء فيه "مفاد نص المادة ١/٤٦٧ من القانون المدني أن بيع ملك الغير ينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد" أي قبل رفع دعوي البطلان.

(٢) البطلان المطلق هو:إنعدام أثر العقد بالنسبة للعاقدين وبالنسبة للغير،فالعقد الباطل بطلانا مطلقا هو عقد معدوم،ولذلك لا يترتب عليه أي أثر،ويكون العقد باطلا بطلانا مطلقا:

(أ) إذا كان طرفيه أو أحدهما فاقد الأهلية (صبي غير مميز أو مجنون.. إلخ).

(ب) إذا انعدم فيه الرضا كأن صدر القبول بعد سقوط الإيجاب، أو لم يتطابق الإيجاب مع القبول.

(ج) إذا تخلف ركن من أركان العقد كانعدام المحل أو السبب.

(د) إذا لم تتوافر الشروط الجوهرية في المحل أو السبب.

(هـ) إذا اشترط القانون شكلا معينا، ولم يفرغ العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون.

(و) إذا نص القانون في حالة خاصة علي البطلان كما في نصه علي اشتراط المدة لانقضاء الوعد بالتقادم. أنظر فيما سبق تفصيلا: د. جميل الشرقاوي- نظرية بطلان التصرف القانوني- السابق ص٢١٤ ومابعدها، د. عبدالمنعم فرج الصدة- مصادر الإلتزام ط١٩٥٨م ص٢٨١، د. حشمت أبوستيت، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد- ط١٩٥٤م ص٢٤٣، د. لبيب شنب- دروس في نظرية الإلتزام (مصادر الإلتزام) ط١٩٧٦-١٩٧٧م ص٢٢٤ وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٢٣٣.

(٣) د. سليمان مرقس- المرجع السابق ص٧٢١-٧٢٤ ، د. سمير تناغو - عقد البيع ط١٩٧٣م ص١٨٢-١٨٣ .

مطلقا، علي أساس تخلف السبب والمحل، ولا يترتب عليه أي أثر، إذ أن سبب إلتزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية، ومادام البائع لا يستطيع نقل الملكية فإن إلتزام المشتري لا يقابله شئ، كما أن محل العقد هو نقل الملكية والمحل منعدم متي كان ثابتا أن البائع ليس مالكا، فيكون إلتزام محل البائع مستحيلا، وهو نقل الملكية فور العقد إلي المشتري حتي ولو كانت هذه الإستحالة نسبية في رأي بعض الفقه[1] أو استحالة مطلقة وهي تلك الإسشتحالة التي تقدر بمعيار موضوعي وهي معيار الرجل المعتاد في رأي البعض الآخر[2].

ويستطرد بعض من يشايع هذه النظرية ويدافع عنها بشدة فيقول أن نظرية البطلان المطلق هي الأساس السليم في جزاء بيع ملك الغير، ويكملها بنظرية تحول العقد الباطل والمنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني مصري ويري أن "تكملة نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل Conversion ducontrat المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني مصري تفسر لنا جميع الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير.. فإذا ثبت اتجاه قصد العاقدين إلي إبرام عقد ناقل للملك بذاته... كان محل العقد مستحيلا في ذاته، أي بالنسبة إلي البائع وإلي أي شخص آخر إذا وجد في ظروف البائع، حالة كونه غير مالك، ووقع العقد الناقل للملكية بذاته الذي اتجهت إليه إرادة العاقدين باطلا بطلانا مطلقا غير أنه يمكن تحوله إلي عقد بيع منشئ لإلتزامات فقط... إذا ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلي ذلك لو علما أن العقد الأول غير ممكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع، ويمكن القول بأن المشرع قد فرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن البائع قد انصرفت نيته المحتملة إلي تحول عقد البيع من النوع... الناقل للملكية بذاته إلي النوع الذي لا ينشئ إلا التزامات شخصية، وأنه لذلك لم يسمح للبائع بأن يتمسك ببطلان العقد الذي قصد إبرامه ولو أنه بطلان مطلق، أما انصراف نية المشتري إلي ذلك فمفروض إلي أن

---

(١) د. إسماعيل غانم- مذكرات في عقد البيع- ص١٥ حيث يري أن "هناك شخصا كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وهو المالك الحقيقي".

(٢) د. سليمان مرقس- المرجع السابق ص٧٢١ حيث يري سيادته أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة في ظل الظروف الخارجية المجيطة بالبائع.

يثبت العكس، ولذلك ينتج عقد بيع ملك الغير آثار عقد (بيع ناقل للملك بذاته) كاملة مادام المشتري لم يتمسك بالبطلان وهذا ما يفسر أن بيع ملك الغير ينشئ إلتزامات شخصية فقط ولا ينقل الملكية وأنه يصح أن يجيز المشتري العقد، لأن إجازته هذه تعتبر دليلا علي انصراف نيته منذ ابرام العقد إلي تحوله من النوع الأول (الناقل للملكية بذاته) إلي النوع الثاني (الذي لا ينقل الملكية بذاته في الحال) وتمنعه من أن يتمسك بعد ذلك بالبطلان ولو أنها لا تنقل إليه الملكية... أما إذا تمسك المشتري بالبطلان كان ذلك دليلا علي أن نيته المحتملة لم تكن تنصرف إلي تحول العقد من النوع الأول إلي النوع الثاني ووجب اعتبار العقد باطلا بطلانا مطلقا وغير قابل لانتاج أي أثر قانوني، وألزم البائع بالتعويض باعتباره متسببا بخطئه في أن يعقد المشتري معه بحسن نية عقدا باطلا.

وعلي ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقا تشريعيا لنظرية تحول العقد الباطل تجاوز فيه بعض الشئ عما تقتضيه نظرية التحول إذا فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلي التحول فرضا غير قابل لاثبات العكس دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري، وبهذا القول وحده يمكن تفسير جميع أحكام بيع ملك الغير، وبه يمكن الإستغناء عن الإتجاه إلي فكرة بطلان هذا البيع بطلانا نسبيا من نوع خاص، تلك الفكرة التي تعتبر بمثابة تسليم بالعجز، والتي لا ينبغي الإلتجاء إليها إلا عند عدم كفاية القواعد العامة لتفسير أحكام معينة"(١) .

هذه هي أهم حجج القائلين بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا مع اقترانه بنظرية تحول العقد حتي يمكن تفسير بيع ملك الغير تفسيرا منطقيا يتسق مع الاحكام والنتائج المسلمة.

فإلي أي مدي كان هذا الفقه صائبا في منهجه؟ هذا ما سنجيب عنه في البند التالي:

---

(١) د. سليمان مرقس – المصدر السابق ص٧٢١-٧٢٣.

٥٩- تقييم هذه النظرية:

أولا: فيما يتعلق بالنقد الموجه إلي نظرية بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا لانعدام السبب أو لاستحالة المحل:

(أ) القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا قول مخالف للنصوص القاطعة بأن البطلان نسبي والتي تسمح بإجازة البيع[١] .

(ب) بيع ملك الغير لا يعتبر باطل بطلانا مطلقا، لأنه لا يتسق وقواعد هذا البطلان، إذ أن البطلان المطلق يرجع إلي تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف أحد الشروط الجوهرية لأي ركن... إلخ وبيع ملك الغير توافرت أركانه، وشروط كل ركن[٢] .

(ج) بيع ملك الغير ينتج آثارا متعددة -سنعرض لها في الفصل الثاني من هذا البحث- مما يتعارض مع القول بأنه باطل بطلانا مطلقا[٣].علي أساس أن البطلان يمنع إنتاج مثل هذه الآثار.

(د) أن القول بانعدام سبب بيع ملك الغير قول غير صحيح، لأن البيع الوارد علي بيع ملك الغير ينشئ إلتزاما علي البائع بنقل الملكية وهذا هو سبب التزام المشتري "صحيح أن عدم ملكية البائع ستترتب عليها استحالة نقل الملكية... ولكن هذا الإلتزام موجود مع ذلك منذ التعاقد، واستحالة تنفيذه بعد ذلك لا يترتب عليها البطلان"[٤].

(هـ) إذا قيل بأن محل عقد بيع ملك الغير مستحيل ، فهو قول غير دقيق، لأن انتقال الملكية لا يمكن اعتباره محلا للعقد، كما أن الإستحالة هنا

---

(١) د. عبدالمنعم البدراوي- المرجع السابق ص٤١٦.

(٢) د. عبدالناصر توفيق العطار- البداية في شرح أحكام البيع ط١٩٨٤م ص١٠٩ بند ٥٠ مكرر (أ) .

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري - المصدر السابق ص٢٧٧؛ د. عبدالناصر العطار- المرجع السابق- الموضع السابق، د. توفيق فرج - عقد البيع ط١٩٧٩م ص١١٨.

(٤) د. عبدالمنعم البدراوي- السابق- الموضع السابق، وانظر د. توفيق فرج- المرجع السابق ص١١٧.

نسبية(١) لا مطلقة، والإستحالة النسبية لا تكفي لجعل العقد باطلا وفقا للقواعد العامة، والجزاء يمكن أن يكون الفسخ لا البطلان(٢).

(و) القول ببطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا يؤدي إلي جعل البطلان جائزا لكل ذي شأن، مع أن المادة ٤٦٦ تخول هذا الحق للمشتري فقط(٣).

ثانيا: فيما يتعلق بنقد نظرية البطلان المطلق لبيع ملك الغير مع تكملتها بنظرية تحول العقد الباطل وفقا للمادة ١٤٤ مدني(٤):

(أ) أن القول بأن هذا العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا، ويتحول إلي عقد منشئ للإلتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة "فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد -لابعد ذلك- إلي العقد الجديد بدلا من العقد الباطل، ونية المشتري المحتملة تستعصي علي هذا التأويل، فإما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلي العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع، وإما ألا تكون قد انصرفت إلي العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقي البيع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح"(٥).

(ب) أضف إلي ذلك أن الجمع بين نظرية البطلان المطلق ونظرية تحول العقد هو خلط يجعل قواعد كل من النظريتين مشوهة وهو استعمال لكلتا النظريتين دون سند من الواقع أو القانون.

---

(١) أنظر د. إسماعيل غانم- عقد البيع ط١٩٥٨م ص٢٢

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري- المرجع السابق ص٢٧٧

(٣) د. توفيق فرج- المصدر السابق ص١١٨، د. عبدالرزاق السنهوري- المرجع السابق- هامش٣ ص٢٧٧-٢٧٨.

(٤) أنظر شرحا وافيا لهذه النظرية في البند السابق.

(٥) د. عبدالرزاق السنهوري- المرجع السابق ص٢٨٠؛ أنظر: د. عبدالناصر العطار- المرجع السابق ص١٠٩، د. منصور مصطفي منصور- مذكرات في العقود المسماة- البيع والمقايضة والإيجار ط٥٦-١٩٥٧م ص٢٥٤-٢٥٨، د. محمد حسام لطفي- المرجع السابق ص١١٠

٦٠- النظرية الثالثة: بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا[١]:

ذهب أكثر شراح القانون المصري إلي أن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا مقررا لصالح المشتري، ولكنهم اختلفوا في تأسيس هذا البطلان فذهب البعض[٢] إلي أن البطلان راجع إلي غلط المشتري في صفة جوهرية

---

(١) البطلان النسبي (أو العقد القابل للإبطال): هو البطلان الذي يلحق العقد وقد تخلف فيه شرط من شروط صحة الإنعقاد كنقص أهلية أحد المتعاقدين، أو كلاهما، أو كانت إرادة طرفيه أو أحدهما معيبة بعيب من عيوب الرضا. وعلي ذلك يكون العقد قابلا للإبطال (باطل بطلانا نسبيا) في الحالات الآتية:

(أ) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية (رغم تمييزه) سواء لصغر سنه أو لعاهة عقلية أصابته كالسفه أو الغفلة.

(ب) إذا شاب إرادة أحد المتعاقدين عيبا من العيوب المنصوص عليها في القانون وهي: الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال.

(ج) إذا ورد في القانون نص خاص علي أن العقد يكون قابلا للإبطال كما في حالة بيع ملك الغير التي نحن بصددها والمنصوص عليها في المادة ٤٦٦ وما بعدها من التقنين المدني المصري.

والعقد القابل للإبطال علي النحو السابق: عقد صحيح طالما لم يتقرر إبطاله، وهو بهذه الصفة ينتج آثاره ككل العقود الصحيحة، وتلحقة الإجازة، ويرد عليه التقادم، ولا يجوز التمسك بإبطاله إلا لمن تقرر الإبطال لمصلحته دون المتعاقد الآخر، فإذا تقرر إبطاله يكون كالعقد الباطل بطلانا مطلقا فلا ينتج أي أثر.

(أنظر فيما سبق تفصيلا: د. حشمت أبوسنيت- المرجع السابق ص٢٤٦، د. جميل الشرقاوي - النظرية العامة للإلتزام ط١٩٧٤م ص٢١٦ وما بعدها، د. لبيب شنب- مصادر الإلتزام ط٧٦-١٩٧٧م ص٢٢٢،٢٢٤ ، د. أنور سلطان -النظرية العامة للإلتزام ط١٩٦٢م ص٢٢٧ وانظر: مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٢٣٣.

(٢) أنظر في ذلك

Mazeaud (henri, léon et jean) : leçons de droit civil (nouvelle licence) t. 11, 1960, No. 816, p.p.693- 696, et Beudant : caur de droit civil français, (la vont et le louge) publié par Robert Beudant, paris, 1908, No.119, P.P.77-78.

في الشئ وهي كونه مملوكا للبائع، أو غلط في شخص المتعاقد، حين اتجهت نية المشتري إلي التعاقد مع المالك الفعلي للمبيع في حين أنه تعاقد مع غير المالك، أي ان المشتري قد وقع في غلط في شخص البائع أو المبيع.

وذهب البعض الآخر(١) إلي ان أساس البطلان النسبي لبيع ملك الغير يرجع إلي نقص في أهلية المشتري.

٦١- تقييم نظرية البطلان النسبي لبيع ملك الغير:

قوبلت نظرية البطلان النسبي لبيع ملك الغير بانتقادات عديدة أهمها:

(أ) تقضي القواعد العامة بأن البيع لا يكون قابلا للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية حيث يقع في غلط في شخص البائع أو في المبيع، وهذا يتعارض مع عموم نص القانون الذي يجعل للمشتري حق طلب إبطال البيع في جميع الحالات، أي سواء كان حسن النية، أم سيئ النية، بأن كان يعلم أن المبيع ليس مملوكا للبائع، وكل ما رتبه القانون من أثر في حالة علم المشتري بأن المبيع غير مملوك للبائع هو حرمانه من طلب التعويض(٢).

(ب) القابلية للإبطال جزاء علي وجود عيب من عيوب الإرادة، أو نقص الأهلية في المتعاقدين أو أحدهما، وهو ما لا يتوافر في بيع ملك الغير(٣)

= وانظر عرضا لهذا الرأي تفصيلا في الفقه المصري.د. توفيق فرج- المرجع السابق ص١١٨، د. عبدالمنعم البدراوي- المرجع السابق ص٤١٦، د. سليمان مرقس- المرجع السابق ص٧٢٠، د. محمد حسام لطفي- المرجع السابق ص١١٠، د. لاشين الغاياتي- المرجع السابق ص٣٨.

(١) أنظر في عرض هذا الرأي: د. عبدالمنعم البدراوي- المرجع السابق ص٤١٧.

(٢) د. توفيق فرج- المرجع السابق ص١١٩، وأنظر: د. عبدالمنعم البدراوي- المرجع السابق - الموضع السابق، د. مرقس - السابق ص٧٢٠، وانظر نقض مدني في ١٩٦٧/٨/١٥- مجموعة الكتب الفني - السنة ١٨ ص١٥٠٠ وجاء في هذا الحكم أنه "إذا كان المشتري علي علم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع كان له أن يطالب بإبطال البيع ويسترد الثمن تبعا لذلك، ولكن لا يكون له الحق في أي تعويض"

(٣) د. عبدالناصر العطار- المرجع السابق ص١١٠، د. حسام لطفي- المرجع السابق ص١١٠ .

هذا فضلا علي أن العقد القابل للإبطال لا تصححه الإجازة إلا ممن تقرر الإبطال لمصلحته وهو المشتري[١] وكان طرفا في العقد مع أن بيع ملك الغير تصححه إجازة المالك الحقيقي وهو لم يكن طرفا في العقد.

(ج) القائلون ببطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا لنقص أهلية المشتري يعلمون أن نقص الأهلية يرجع إلي نقص في الإدراك وعدم اكتمال التمييز، وهو مالم يوجد في بيع ملك الغير، كما أن نقص الأهلية أمر مقرر دائما لحماية ناقص الأهلية نفسه "ولهذا قصر القانون طلب البطلان علي هذا الشخص أو من يمثله، وفي بيع ملك الغير، لو كان هناك شخص قصد القانون حمايته، لكن هذا الشخص ليس هو البائع بل المالك الحقيقي ولهذا لم يكن للبائع – حتي لو كان حسن النية– أن يطلب البطلان"[٢].

ولهذا يقصر القضاء حق طلب البطلان علي المشتري فقط، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض أن "بطلان بيع ملك الغير مقرر –وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة– لمصلحة المشتري، فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد..."[٣] .

(د) تقضي القواعد العامة بأن الآثار التي تترتب علي بيع ملك الغير تختلف عن الآثار التي ترتبها هذه القواعد علي البطلان النسبي، إذ من المستقر عليه أن العقد القابل للإبطال ينتج جميع آثاره حتي يتقرر إبطاله فيزول بأثر رجعي، "وإذا أجازه من تقرر الإبطال لمصلحته فإنه يتأكد نهائيا ويستمر في انتاج آثاره ، أما بيع ملك الغير قبل أن يبطل فلا ينتج جميع آثاره، فهو لا ينقل

---

(١) أنظر نقض مدني في ١٤ فبراير ١٩٨٧م– الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥ق وجاء فيه "أنه لا يجوز إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع له، إلا أن المالك الحقيقي يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه أصلا إذا كان العقد قد سجل، أما إذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع، فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشتري من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلي تصرف نافذ في مواجهته" وانظر في هذا المعني: نقض مدني في ١٩٨٥/١٢/٢٥م– طعن رقم ١٦١٨ لسنة ٥٥ق ونقض مدني في ١٩٨٣/٤/٢٠ – مجموعة أحكام النقض المدني – س٣٥ ص١٥٣٩.

(٢) د. عبدالمنعم البدراوي – المرجع السابق ص٤١٧.

(٣) نقض مدني في ٢٢ أكتوبر ١٩٨٦ طعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥١ق .

الملكية أو الحق المالي المبيع إلي المشتري، كما أن إجازته من المشتري لا تؤدي إلي نقل الملكية، وإن أسقطت حق المشتري في طلب الإبطال، وبالعكس من ذلك ينتج العقد أهم أثر له وهو نقل الملكية لسبب خارج عن العقد، وهو تملك البائع للمبيع بعد البيع أو إقرار المالك الحقيقي"(١) .

هذه هي أهم الإنتقادات الموجهة إلي نظرية تأسيس بطلان بيع ملك الغير علي البطلان النسبي، وهي انتقادات وجيهة وتستند إلي منطق قانوني سليم لم يستطع أنصارها دحض هذه الإنتقادات أو الرد عليها.

وننتقل بعد ذلك إلي عرض النظرية الرابعة في أساس بطلان بيع ملك الغير.

٦٢- النظرية الرابعة : بيع ملك الغير بيع موقوف على إجازة المالك :

ذهب بعض الفقه المصرى (٢)إلى أن بيع ملك الغير بيع موقوف على إقرار المالك له ، فإن أقره نفذ فى حقه وأنتج جميع آثاره ، سواء فى ذلك حق المالك الحقيقى أو حق العاقدين ، وإن لم يقره بقى العقد صحيحا ، ولكنه موقوف الأثر على غرار بيع الفضولى فى الفقه الإسلامى الذى ينعقد موقوفا عند بعض الفقهاء (٣).

---

(١) د. لبيب شنب - شرح أحكام عقد البيع ط١٩٧٥م ص٨٦ نبذة ٥٥.

(٢) د. شفيق شحاته- النظرية العامة للتأمين العيني- الطبعة الثالثة ١٩٥٥م ص٨٥ وما بعدها، وانظر في تأييد هذا الرأي تفصيلا أستاذنا الدكتور. عبدالرازق حسن فرج- نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي- رسالة من جامعة القاهرة عام ١٩٦٨م ص١١٩ وما بعدها، ص١٣١،١٣٢ حيث يحبذ الأخذ بفكرة العقد الموقوف مع ضرورة إدخال تعديل تشريعي في هذا الصدد حتي تتسق أحكام وقواعد القانون في هذا الشأن، وقرب من هذا الدكتور. محمود جمال الدين زكي في: قانون عقد البيع- الكويت ط١٩٧٤م ص١٥١ وما بعدها، حيث يري سيادته "أنه طبقا لنص المادة ٣٦٥ من المجلة (مجلة الأحكام العدلية) يعتبر بيع مملك الغير صحيحا موقوفا علي إجازة المالك بحسبان البائع لملك غيره فضوليا".

(٣) أنظر فى ذلك تفصيلا : د. عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق - الموضع السابق.

وبناء علي هذا الرأي يكون بيع ملك الغير ليس باطلا بطلانا مطلقا ولا بطلانا نسبيا، ولكنه بيع صحيح غير نافذ في حق المالك إلا إذا أقره، ولا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين إلا بإقرار المالك له. فبيع ملك الغير وفقا لهذا الرأي "لا يعتبر باطلا بحال من الأحوال، فهو قد استوفي جميع شروط انعقاده، وصدر ممن يعتبر أهلا له، وإن كان لا ولاية له علي العين محل التعاقد، والعقد عند انعدام الولاية يعتبر عقدا موقوفا، أي أن أثره يظل معلقا علي إرادة من له الولاية، فإذا صدر الإقرار أنتج العقد جميع آثاره من وقت صدوره، أماقبل ذلك، فالعقد لا أثر له، ولو أجازه المتعاقد الآخر، ولذلك لا يمكن القول بأن العقد قابل للإبطال وتصححه الإجازة، وهذه الإجازة هي عبارة عن نزول العاقد الآخر عن حقه في الرجوع، والعقد قبل الرجوع يصلح محلا للإقرار، أما بعده فلا يمكن أن يرد عليه الإقرار، وإذا كان البائع لا يستطيع التحلل من العقد فذلك لأن العقد الموقوف قد رتب للمتعاقد الآخر حقا موقوفا، وإذا كان المتعاقد الآخر يستطيع النزول عن هذا الحق، فالطرف الأول لا يستطيع ذلك، وهذا الحق ليس حق الملكية، بل هو حق احتمالي منشؤه العقد الموقوف الذي يضع المتعاقدين في مركز قانوني أشبه مايكون بمركز المتعاقدين في الفترة التي تسبق العقد"(١).

٦٣- تقنينات أخذت بالرأي القائل بأن بيع ملك الغير بيع صحيح ولكنه موقوف علي إجازة صاحب الشأن:

(أ) **القانون العراقي**: عالج القانون العراقي بيع ملك الغير في المادتين ١٣٥،١٣٦ من القانون المدني موضحا أحكام بيع الفضولي، فمن يبيع ملك غيره عد فضوليا، وجاءت نصوصه متأثرة بأحكام الفقه الإسلامي، ويكون هذا البيع موقوفا علي إجازة المالك، فتنص المادة ١٣٥ من هذا التقنين علي ما يأتي ": ١- من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفا

(١) د. شفيق شحاته- المرجع السابق ص٨٥ نبذة ٩٢، وانظر المادة ١٠٨ من التقنين المدني الألماني والتي تقضي بأن العقد الصادر من القاصر بدون إجازة هو عقد غير نافذ، والمادة ١٠٩ من نفس التقنين وتقضي بأن الطرف الآخر في التعاقد يستطيع الرجوع في العقد مالم يجزه الوصي، وهذه الأحكام تعني أن التشريع المدني الألماني يأخذ بنظرية العقد الموقوف فى بطلان بيع ملك الغير مع خاصية خاصة له في الصياغة وفقا لظروف المجتمع.

علي إجازة المالك. ٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا، ويطالب الفضولي بالبدل إذا كان قد قبضه من العاقد الآخر. ٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف، وإذا كان العاقد الآخر قد أدي للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه، وكان العاقد الآخر قد أداه عالما أنه فضولي فلا رجوع له بشئ منه. ٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء، فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر" فالمشرع العراقي سار علي نهج الفقه الإسلامي في هذا الشأن واعتبر بيع ملك الغير موقوفا علي إجازة المالك، وهو أمر ممدوح في التشريع العراقي بصرف النظر عما إذا كان الرأي الراجح في الفقه الإسلامي هو بطلان بيع ملك الغير أم صحته مع كونه موقوفا علي إجازة المالك.

(ب) القانون الأردني: عالج المشرع الأردني أحكام بيع ملك الغير في المادتين ٥٥١،٥٥٠ من القانون المدني، واعتبر العقد موقوفا علي إجازة المالك، كما أوضح المشرع مصير العقد في حالة الإجازة وهي تصرف قانوني إرادي من المجيز الذي يجب أن يكون أهلا لصدور الإجازة منه لأنها تصرف انفرادي من المالك[١]، فالمادة ٥٥٠ من هذا التقنين نصت علي أنه "١- إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع. ٢- ولا يسري في حق مالك العين المبيعة ولو أجازه المشتري" .

كما نصت المادة ٥٥١ من التقنين المدني الأردني علي أنه "١- إذا أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري. ٢- وينقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد".

(جـ) مشروع قانون المعاملات المدنية المصرية:

نصت المادة ٤٣٩ من مشروع قانون المعاملات المدنية في مصر -والذي لم يأخذطريقه للتنفيذ بعد- علي "أن من باع ملك غيره بدون إذنه كان بيعه

---

(١) أنظر فيما سبق: د. منذر الفضلي، د. صاحب الفتلاوي- المصدر السابق ص١٦٤،١٦٥

موقوفا علي إجازة المالك.

وتنص المادة ٤٤٠ من المشروع علي "١- إذا أجاز المالك البيع اعتبرت توكيلا فيصير البيع نافذا. ٢- وكذلك يصير البيع نافذا إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد".

وتنص المادة ٤٤١ من المشروع علي أنه "إذا لم يجز المالك البيع بطل العقد، وفي هذه الحالة يجوز للمشتري، إذا كان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، أن يطالب بتعويض إذا كان البائع سيئ النية".

ونحن إذ نمتدح مسلك القانونين العراقي والأردني ومشروع تقنين المعاملات المدنية المصري، فإننا نهيب بالمشرع الوضعي المصري أن يأخذ بمنهج القوانين السابقة، أو باعتبار بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا -علي نحو ما رجحناه في حينه- إلا أننا لا نملك إلا أن نقرر أن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا وفقا لأحكام التقنين المدني المصري الحالي طالما لا يوجد نص تشريعي يجعله باطلا أو موقوفا علي إجازة المالك.

٦٤- تقييم هذه النظرية:

إذا كانت نظرية العقد الموقوف تفضل النظريات السابقة مما يجعلها موضع اعتبار من حيث السياسة التشريعية[١]، إلا أن هذا يقتضي إعادة النظر في أحكام بيع ملك الغير علي ضوء هذه النظرية بحيث يتوقف أثر العقد كله علي إجازة المالك الحقيقي[٢].

ومع ذلك وجهت إلي هذه النظرية -بحق- عدة انتقادات أهمها:

---

(١) د.عبدالرزاق السنهوري- المصدر السابق هامش (٢) ص٢٨١، وانظر لنفس المؤلف مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج٤ ص٢٧٨ ط بيروت، حيث قارن بين موقف الفقه الغربي والفقه الإسلامي في تكييف وأساس بيع ملك الغير باسهاب دقيق وجهد مشكور فهو يري -بحق- أن "حكم بيع ملك الغير لا يزال مشكلة تحير الباحثين في الفقه الغربي، ولو استعار هذا الفقه من الفقه الإسلامي فكرة العقد الموقوف، وواجه بها بيع ملك الغير، لأفاد كثيرا من ذلك، فيكون العقد موقوفا لا في حق المشتري وحده، ولا في حق البائع وحده، بل أيضا في حق المالك، ولكانت إجازة العقد تقتصر علي المالك..."

(٢) د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٠ نبذة ٧٥.

(أ) لا يتفق منطق النظرية مع تنظيم المشرع لبيع ملك الغير، ذلك أن المشرع يجعل هذا العقد منتجا لجميع آثاره من وقت ابرام العقد عدا انتقال ملكية المبيع إلي المشتري، مع أن العقد الموقوف لا ينتج أي أثر قبل إجازته ممن له الحق في هذه الإجازة(١). وهو هنا المالك الحقيقي؟

(ب) نص القانون المدني صريح في أن للمشتري في بيع ملك الغير طلب إبطال هذا البيع، والقول بأن هذا العقد موقوف يستتبع القول بأنه صحيح وبالتالي لا يجوز إبطاله، ومن هنا نشأ التعارض بين النص التشريعي والأخذ بنظرية العقد الموقوف ومن ثم وجب إعمال النص الصريح(٢).

(ج) لا يجوز قياس بيع ملك الغير علي التصرف الذي يصدر ممن ليس له ولاية علي التصرف في الشئ "لأنه إذا جاز اعتبار هذا التصرف الأخير موقوفا علي إجازة من يملك الولاية استنادا إلي حكم الفقه الإسلامي باعتباره مصدرا من مصادر القانون المصري طبقا للمادة الأولي فقرة ثانية مدني(٣)، فإن الإستناد إلي هذه المادة لا يجوز فيما يتعلق ببيع ملك الغير، لأن الرجوع إلي الفقه الإسلامي لا يجوز طبقا للمادة المشار إليها إلا في الحالات التي لا يوجد بشأنها نص في القانون، وليس من بينها حالة بيع ملك الغير

---

(١) أنظر: د. سليمان مرقس – المصدر السابق ص٧١٩، د. عبدالرزاق السنهوري – في الوسيط ج٤ – عقد البيع ط بيروت ١٩٦٠م ص٢٨١ نبذة ١٥٧، د. عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٠٨

(٢) د. عبدالرازق السنهوري – السابق – الموضع السابق.

(٣) تنص المادة الأولي من التقنين المدني المصري علي أنه:

١- تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف فإذا لم يوجد فبمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

التي تنظمها المواد ٤٦٦ وما بعدها"(١).

وإزاء هذه الإنتقادات وجب البحث عن تأصيل أحكام هذا البيع في نظرية أخري وهو ما سنتناوله في البند التالي:

٦٥- النظرية الخامسة: بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا أنشأه القانون بنص خاص:

ذهب غالب الفقه المصري(٢) إلي أن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي لا يستمد أساسه من القواعد العامة، بل أنشأه القانون بنص تشريعي خاص، أي أنه بطلان من نوع خاص(٣).

sui generis مقرر في حالة خاصة بنص تشريعي خاص لعلة معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع، ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان، من ذلك أن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي، وينقلب صحيحا إذا أصبح البائع مالكا للمبيع مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحا إلا إذا أجازه العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري، فلابد إذن من القول بأن بطلان

---

(١) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - الموضع السابق، وانظر: د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٠.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري- المرجع السابق ص٢٨٣-٢٨٤، د. بهجت بدوي في بحث له بعنوان "بطلان بيع ملك الغير" في مجلة القانون والإقتصاد- السنة الأولي ص٥٩٩، وقرب من ذلك: د. حامد زكي، د. أحمد نجيب الهلالي - شرح عقد البيع- الطبعة الثانية ١٩٥٤م ص١٦٦، د. أنور سلطان - عقد البيع- ط١٩٥١م ص٣٩١ وما بعدها، د. عبدالمنعم البدراوي- المرجع السابق ص٤١٧، د. عبدالناصر العطار- المرجع السابق ص١١٠، د.حسام لطفي - المرجع السابق ص١١٠.

(٣) جاء في مذكرة المشروع التمهيدي تعليقا علي المادة ٤٦٦ مدني مصري" إن بطلان بيع ملك الغير بطلان بموجب نص خاص في القانون أنشأ البطلان" مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٩٣.

بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة، وقد أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلي علة معقولة"(١).

غير أن بعض من شايع هذا الرأي يري أن علة بطلان بيع ملك الغير ترجع إلي أن "المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري علي الملكية وانتقالها إليه سواء تم هذا الإنتقال وقت الإتفاق أو كان متراخيا إلي حين حصول التسجيل، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية، ولذا أبطل المشرع تصرفه"(٢) .

فعلة بطلان بيع ملك الغير في نظر هذا الرأي هي عدم قدرة البائع علي نقل ملكية المبيع إلي المشتري، إلا أن واقع الأمر أن علة بطلان بيع ملك الغير -في نطاق منطق هذه النظرية- هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة هذا البيع، إذ لا فرق بين ذلك وبين القول بأن المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري علي ملكية المبيع، وبائع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود، فعلة البطلان -هنا- واحدة رغم اختلاف التعبير والأسلوب(٣).

---

(١) - عبدالرزاق السنهوري- المرجع السابق ص٢٨٣،٢٨٤ نبذة ١٥٨ وانظر في هذا المعني د. أنور سلطان- المرجع السابق ص٣٩١،٣٩٢ ، د. إسماعيل غانم- مذكرات غير مطبوعة في عقد البيع ص١٥ وما بعدها.

(٢) - محمد نجيب الهلالي، د. حامد زكي- المرجع السابق ص١٦٦.

(٣) - عبدالرزاق السنهوري- المرجع السابق- هامش ص٢٨٥، وقرب من ذلك د. منصور مصطفي منصور- مذكرات في العقود المسماة ط١٩٥٦-١٩٥٧م ص٢٥٩ نبذة ٥ الذي يضيف أن "نص المشرع علي قابلية بيع ملك الغير للإبطال دون النص علي مثل هذا الحكم بالنسبة للعقود الأخري كالإيجار مثلا لا يستند إلي أي أساس فني، وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية، وقد تأثر فيه المشرع المصري بمسلك القضاء الفرنسي الذي لم يلتزم حدود النص... ولهذا ننتهي إلي أنه لا يوجد أساس فني يبرر بطلان بيع ملك الغير، وربما كان مسلك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرغبة في تكملة أحكام ضمان الإستحقاق، ولهذا نجد المحدثين من الشراح الفرنسيين يقولون إن دعوي إبطال بيع ملك الغير ليست إلا إعمالا بضمان الإستحقاق قبل أن يتحقق التعرض الفعلي، أو أنها تكملة لأحكام الضمان".=

٦٦- تقييم هذه النظرية:

رغم وجاهة المنطق التي تقوم عليه قواعد هذه النظرية وتأييدها من غالب شراح القانون المصري، إلا أنها لم تسلم من النقد كسابقاتها، وأهم ما وجه إليها من اعتراضات هو:

(أ) أن القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان نسبي من نوع خاص أنشأه المشرع بتشريخ خاص هو تسليم بالعجز عن رد أحكام بيع ملك الغير إلي القواعد العامة، ولا "يصح التسليم بذلك قبل استنفاذ جميع الوسائل التي تتيحها لنا القواعد العامة"(١).

(ب) ينبغي ألا نتجاهل ما ينص عليه القانون من أن بيع ملك الغير لا ينقل ملكية المبيع إلي المشتري لاستحالة ذلك، نظرا لأن البائع غير مالك للمبيع وقت العقد، وهذا يتعارض مع القواعد العامة التي تقضي بأن البطلان النسبي ينتج جميع آثاره إلي أن يتقرر بطلانه.

=ورغم تقديرنا لهذا الرأي إلا أننا لا نسلم به، لأن القول بعدم وجود أساس فني يبرر إبطال بيع ملك الغير، لا يعد وأن يكون تسليما بالعجز عن تأصيل أحكام هذا البيع مع أن هذا التأصيل هو واجب الفقه الأول حتي ولو كان في التشريع قصورا أو غموضا، وهو ما حدا بالفقه إلي إعمال قريحته في هذا التفصيل من خلال النظريات التي عرضنا لها في هذا الفرع، رغم المآخذ التي أخذت علي كل منها، فذلك أولي من التسليم بالعجز عن الوصول إلي أساس لهذا البطلان.

(١) د. سليمان مرقس- المرجع السابق ص٧٢٠ نبذة ٣٠٢.

المطلب الثالث

الرأي الذى نقف عنده فى تأصيل بيع ملك الغير

٦٧- بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا :

فى الواقع نحن نسلم بصحة الاعتراضات التى وجهت إلى كل النظريات السابقة ، عدا الاعتراض الموجه إلى نظرية " بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا" إما لاستحالة المحل ، وإما لعدم مشروعية البيع وليس انعدام سبب البيع كما قال بذلك قائلوها ، وبيان ذلك :

(أ) من المستقر عليه أن محل البيع هو " المبيع " ولما كان البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، فإنه – والحال كذلك – يستحيل عليه نقل ملكية المبيع المملوك للغير إلى المشترى فور العقد استحالة مطلقة " ذلك أن الاستحالة المطلقة التى تستتبع البطلان المطلق ليس المقصود بها استحالة الأمر على الكافة ، وفى جميع الظروف والأحوال ، وإنما المقصود بها استحالة الأمر فى ظروف معينة هى الظروف المحيطة بالمدين ، وتقدر الاستحالة بمعيار موضوعى ، أي بمعيار الرجل المعتاد ، فتعتبر مطلقة متى كان الرجل المعتاد إذا وجد فى مثل الظروف المحيطة بالمدين يستحيل عليه القيام بمحل الالتزام ، ولو كان يستطيع القيام به فى ظروف أخرى ، ويعتبر من الظروف المحيطة ببائع ملك الغير كونه غير مالك للمبيع ، ومما لاشك فيه أن الرجل المعتاد يستحيل عليه إذا كان غير مالك لشيئ معين أن ينقل ملكيته إلى غيره ، فيعتبر محل التزام بائع ملك الغير بنقل ملكية المبيع فور العقد مستحيلا استحالة مطلقة يترتب عليها بطلان العقد بطلانا مطلقا "(١) .

فمن يبيع ملك غيره يستحيل عليه أن ينقل ملكية هذا المبيع إلى المشترى. لأنه " لايستطيع شخص أن ينقل إلى غيره حقا لم يؤول إليه " (٢).

(ب) نصت المادة ١/٤٦٦ على بطلان بيع ملك الغير ولو وقع البيع على عقار

---

(١) د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٢١ نبذه ٣٠٥. وانظر د. سمير تناغو – عقد البيع ط١٩٧٣ ص١٨٢ ، ١٨٣.

(٢) نقض مدنى فى ١٩٥٤/١١/١١ طعن رقم ٩٦ سنة ٢١ق .

سجل العقد أو لم يسجل ، ولم يرتب القانون على هذا البطلان أي حكم ، ومن ثم وجب استبعاد القول بأن هذا البطلان نسبى حتى ولو كان من نوع خاص ، فيبقى أن يكون بطلانا مطلقا (١) .

ويؤيد ذلك ماجاء في حكم لمحكمة استئناف مصر من أنه " من المقرر شرعا أن من يبيع ملك غيره على أنه ملك لنفسه فبيعه باطل ، ولا تلحقه الإجازة لعدم انعقاده أصلا ... " (٢).

(جـ) أننا لا نقول بانعدام السبب فى بيع ملك الغير ، ولكنا نقول أن السبب فى بيع ملك الغير غير مشروع ، لأن السبب فى بيع ملك الغير ليس معدوما ، إذ أن السبب موجود وهو التزام البائع بنقل الملكية وبتسليم المبيع وضمانه بغض النظر عما إذا كان ممكنا أم لا ، فالصحيح إذن عدم مشروعية السبب فى بيع ملك الغير ، لأن دائرة المشروعية نطاقها " عدم مخالفة النظام العام أو الآداب " وبيع ملك الغير هنا مخالف للنظام العام تأسيسا على أن النظام العام عبارة عن المصالح الأساسية للمجتمع سواء كانت مصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ... الخ (٣) ، إذ أن هذا البيع يخل بالنظام الاجتماعى للدولة والأفراد بما يؤدى إليه من عدم الاستقرار فى المعاملات ، وانهيار حماية الملكية الخاصة (أو العامة كما فى بيع أملاك الدولة) .

(د) أنه ينبغى طرح فكرة تكملة نظرية البطلان المطلق لبيع ملك الغير بنظرية تحول العقد : لأن هذا يتعارض – بحق – مع نظرية التحول المعروفة " فهذه تقتضى أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد – لا بعده – إلى العقد الجديد بدلا من العقد الباطل ، ونية المشترى المحتملة

---

(1) Beudant : caurs de droit civil français,(La vonte et le louge) publié par robert Beudant, paris, 1908,. No. 119,p.77. ets.

(٢) استئناف مصر فى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٤ – المجموعة ٣٦ رقم ٤٤ وقرب من ذلك : منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص٣٥٣،٣٥٤ .

(٣) أنظر فى تعريف النظام العام والآداب تفصيلا : مؤلفنا : المدخل لدراسة العلوم القانونية– نظرية القانون ط١٩٨٨ ص ١٣٢–١٣٨ ، وانظر د. عبدالناصر العطار : مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية ط١٩٧٩م ص١٢٥ ، وانظر : نقض مدنى فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٨٠ – مجموعة أحكام النقض س٣١ ص١١٩٣ رقم ٢٣٠ .

تستعصى على هذا التأويل ... " (١).

(هـ) أن بيع ملك الغير يؤدى إلى عدم استقرار المعاملات واهتزاز الثقة بين الأفراد مما يؤدى إلى اضطراب المجتمع ، هذا فضلا عن الخطورة التى تنجم عن بيع ملك الغير ، فما الحكم لو أمسى شخص مالكا عقارا ، ثم فجأة يصبح على أن عقاره قد بيع للغير ، ويمتنع عليه مباشرة إدارته - خاصة إذا كان قد سجل - ؟ عليه أن يقوم برفع دعوى بطلان هذا البيع وما يستتبعه من إجراءات طول التقاضى ، وإثبات ملكيته للعقار المبيع ، وإحالة الموضوع إلى الخبراء ، ثم إصدار الحكم بالبطلان ، واستئناف الحكم من المدعى عليه ، ... الخ ، وقد يلجأ إلى طرد المشترى من العقار بالقوة مما يعد مخالفة صريحة للقانون - وهو صاحب الحق - فيقع تحت طائلة العقاب ومن ثم يغدو جانيا لا مجنيا عليه .

(و) أن بيع ملك الغير يشكل جريمة " النصب " المنصوص عليها فى المادة ٣٣٦ عقوبات مصرى - كما سنبينه تفصيلا فى المطلب التالى ، ولا يستقيم ذلك إلا بالقول بأن بيع ملك الغير باطلا بطلانا مطلقا .

(ز) أن القول ببطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا يشكل " إجراءا وقائيا " حيث يمتنع على كل من تسول له نفسه ارتكاب مثل هذا التصرف ، وإلا وقع تحت طائلة العقاب وبذلك تقل حدة التصرفات الغير مسئولة ، وتبقى وسيلة " الردع " متمثلة فى " التعويض " للمالك الحقيقى من جراء ما أصابه من ضرر مادى أو أدبى أو كلاهما إذا أقدم الغير على بيع ملكه .

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٨٠ ، وانظر فى نقد نظرية البطلان المطلق لبيع ملك الغير المقترنه بنظرية تحول العقد تفصيلا بند ٥٩ من هذا البحث حيث أشرنا إلى الانتقادات الموجهة إلى هذه النظرية .

المطلب الرابع

حكم بيع ملك الغير فى القانون الجنائى

٦٨-بيع ملك الغير يشكل جريمة النصب فى القانون الجنائى:

تنص المادة ٣٦٦ من قانون العقوبات المصرى على أنه : " يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة ، أو أي متاع أو منقول ، وكان ذلك ناشئا بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو إحداث الأمل بحصول ربح وهمى أو تسديد المبلغ الذى أخذ بطريقة الاحتيال أو إيهامهم بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور ، وإما بالتصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكا له ولا له حق التصرف فيه ، وإما باتخاذ إسم كاذب أو صفة غير صحيحة ... ويجوز جعل الجانى فى حالة العود تحت ملاحظة البوليس مدة سنة على الأقل وسنتين على الأكثر " [١] .

ويبين من هذا النص أن النصب هو : الاستيلاء على منقول مملوك للغير بخداع المجنى عليه وحمله على تسليمه [٢] .

فأركان جريمة النصب على ما يبين من النص :

(أ) استعمال طريقة من طرق الاحتيال المنصوص عليها فى القانون [٣].

---

(١) ألغيت عقوبة الغرامة فى جريمة النصب بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢م الصادر فى ١٩٨٢/٤/١٤ والمنشور فى ١٩٨٢/٤/٢٢م .

(٢) د. محمود نجيب حسنى – شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ط ١٩٨٧م ص٩٩٠.

(٣) وهذه الطرق هى :

(١) الإيهام بوجود مشروع كاذب.

(٢) الإيهام بوجود واقعة مزورة .

(٣) إحداث الأمل بحصول ربح وهمى .

(٤) إحداث الأمل بتسديد المبلغ الذى أخذ بطريق الاحتيال .=

(ب) الاستيلاء على مال الغير كله أو بعضه بدون وجه حق .

(جـ) علاقة السببية بين وسيلة الاحتيال وبين الاستيلاء على مال المجنى عليه .

(د) القصد الجنائى وهو أن يكون الاستيلاء بقصد سلب كل ثروة الغير أو بعضها (١).

ويستبين مما سبق أن من بين طرق الاحتيال أو وسائل التدليس الجنائى التصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكا للمتصرف ولا له حق التصرف فيه(٢) .

= (٥) الإيهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور .

وهذه الطرق لم ترد على سبيل الحصر – كما يوحى النص – لأن العبارات الواردة فى النص مرنة وتتسع لكل الأهداف التى يسعى المحتالون إلى تحقيقها من وراء أكاذيبهم (أنظر فيما سبق د.رؤوف عبيد فى جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ط ١٩٧٨ ص٤٦٧ ، والمستشار / مصطفى هرجة – التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء ط٩١-١٩٩٢ –ص١٢٧٥.

(١) أنظر فيما سبق تفصيلا : الدكتور . عبدالمهيمن بكر فى القسم الخاص فى قانون العقوبات – الطبعة السابعة ١٩٧٧م ص٨٦٢ وما بعدها ، د. حسنى الجندى فى شرح قانون العقوبات – القسم الخاص فى جرائم الأموال – طبعة ١٩٨٥م ص٢٩٨ وما بعدها ، د.رؤوف عبيد – السابق ص٤٦٧ وما بعدها .

(٢) وتأييدا لذلك جاء فى حكم لمحكمة النقض أنه " يكفى لقيام جريمة النصب بطريق التصرف فى الأموال الثابتة أو المنقولة ، أن يكون المتصرف لا يملك التصرف الذى أجراه ، وأن يكون المال الذى تصرف فيه غير مملوك له فتصح الإدانة ولو لم يكن المالك الحقيقى للمال الذى حصل فيه التصرف معروفا ، فإذا كانت محكمة الموضوع كما هو الحال فى الدعوى الماثلة قد عرضت إلى المستندات التى قدمها المتهم لإثبات ملكيته لما باع ، ومحصتها واستخلصت منها ومن ظروف تحريرها ، وغير ذلك مما أشار إليه فى حكمها استخلاصا لا شائبة فيه ، أن الأرض التى باعها المتهم ، لم تكن ملكا له ولا له حق التصرف فيها ، وأن ما أعده من المستندات لإثبات ملكيته لها صورى ولا حقيقة له ، واستخلصت أيضا أن المتهم كان يعلم عدم ملكيته لما باعه ، وأنه قصد من ذلك سلب مال من اشترى منه ، فذلك الذى أثبته الحكم كاف فى بيان جريمة النصب ... " نقض جنائى فى ١٩٨٠/٥/٤ السنة ٣١ ص٥٦٧.

وهذه الطريقة تتطلب اجتماع عنصرين معا :

أولهما : التصرف فى عقار أو منقول معين بالذات [١].

ثانيهما : أن يكون العقار أو المنقول غير مملوك للمتصرف ولا له حق التصرف فيه [٢] .

ويؤخذ من ذلك أن من يبيع ملك غيره بالشروط السابقة يعد مرتكبا لجريمة النصب ، إذا تم ذلك بطريق الاحتيال ، وكان القصد من ذلك سلب أموال المشترى ، بشرط أن يكون المشترى حسن النية [٣] ، فإن كان الأخير سيئ النية بأن كان يعلم أن البائع لا يملك المبيع أو لم يتخذ البائع وسيلة من وسائل الاحتيال لإيهام المشترى بأنه مالك للشيئ المبيع فلا وجود هنا لجريمة النصب [٤].

٦٩- بيع " المكان "[٥] لأكثر من واحد يشكل جريمة النصب فى قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م .

تنص المادة ٢٣ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ م على

---

(١) إذ أن تصرف الشخص فى مال منقول معين بالنوع لا يملكه -كما لو باع كمية الغلال وكان لا يملك منها شيئا- لا يعد بائعا لملك غيره ، لأن هذا البيع غير ناقل للملكية ، وإنما هو ينشئ التزاما بتسليم المشترى القدر المتعاقد عليه ، ومن ثم لا يوصف هذا المسلك بأنه تصرف فى مال الغير ، أنظر فى ذلك : د.محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -ط ١٩٨٧ ص١٠١٩.

(٢) المستشار . مصطفى هرجة - السابق ص١٢٧٩.

(٣) د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١١٠.

(٤) وقد جاء فى حكم لمحكمة النقض أنه " يشترط للعقاب فى جريمة النصب بطريق التصرف فى ملك ليس للمتصرف فيه حق التصرف فيه ، أن يكون المتهم قد حصل على المال بطريق الاحتيال لسلب الثروة ، فإذا لم يكن هناك احتيال ، بل كان تسليم المال ممن سلمه عن بينة بحقيقة الأمر فلا جريمة " الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤١/١/٢٠ ، وانظر فى هذا المعنى نقض جنائى فى ١٩٥٥/١١/١٩ - الطعن رقم ٥٥٣ لسنة ٢٥ق .

(٥) المكان فى مفهوم قانون إيجار الأماكن : يقصد به " كل شيئ ثابت له حيز يمكن=

أن " يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها فى قانون العقوبات المالك الذى يتقاضى بأي صورة من الصور ، بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها ، ويبطل كل تصرف للبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلا .

ويعاقب بذات العقوبة المالك الذى يتخلف دون مقتضى عن تسليم الوحدة فى الموعد المحدد ، فضلا عن التزامه بأن يؤدى إلى الطرف الآخر مثلى مقدار المقدم ، وذلك دون إخلال بالتعاقد وبحق المستأجر فى استكمال الأعمال الناقصة وفقا لحكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧م.

ويكون ممثل الشخص الاعتيادى مسئولا عما يقع منه من مخالفات لأحكام هذه المادة (١).

ويستبين من هذا النص أن قانون إيجار الأماكن حظر بيع المكان الذى يدخل فى نطاق تطبيقه لأكثر من واحد ، وإذا بيع المكان لأكثر من واحد - سواء تم البيع بواسطة المتصرف بذاته ، أو بواسطة نائبه أو ممثل الشخص الاعتبارى - عد ذلك جريمة جنائية هى جريمة النصب المعاقب عليها قانونا ، ولعل حكمة تجريم البيع لأكثر من واحد فى مجال الإسكان هى رغبة المشرع فى مواجهة أزمة الإسكان الطاحنة التى تمر بها البلاد فى الوقت الحاضر(٢) .

=إغلاقه " فيشمل المنازل والحوانيت والمحلات العمومية كالمطاعم والملاهى - الخ سواء أقيمت هذه الأماكن بترخيص أم لا . أنظر فى ذلك : د. عبدالناصر العطار - شرح أحكام الإيجار فى التقنين المدنى وتشريعات إيجار الأماكن - ط١٩٨٢ -ص١٦.

(١) وهذه المادة ألغت المادة ١/٨٢ من قانون إيجار الأماكن السابق رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧م والتى كانت تنص على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة شهور ، وبغرامة لاتقل عن خمسمائة جنية ولا تجاوز ألفى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أجر مكانا أو جزء منه أو باعه ولو بعقد غير مشهر ، أو مكن آخر منه ، وكان ذلك التأجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق ، ولو غير مشهر ، صادرا منه أو من نائبه ، أو من أحد شركائه أو نائبيهم، ويفترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم... " .

(٢) أنظر : د.محمد المنجى - عقد البيع الابتدائى ط١٩٨٣ ص٤٣٣.

ومقتضى حظر بيع المكان لأكثر من واحد : بطلان عقود البيع اللاحقة إذا أبرمت بعد ١٩٧٧/٩/٩(١)، على أساس أن البيوع اللاحقة مخالفة للنظام العام ، وما كان كذلك كان باطلا بطلانا مطلقا (٢)، ويثبت تاريخ البيوع بكافة طرق الإثبات باعتبار أن تكرار البيع أصبح جريمة ، ويخضع هذا الإثبات للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع . كما أن بطلان البيع اللاحق لتاريخ البيع الأول يستوجب القول - بحق - " أنه لا محل لإجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين ، ولا يؤخذ بقاعدة الأسبقية فى التسجيل ، باعتبار أن المشترى الأول هو المشترى الوحيد ، بينما عقود المشترين اللاحقين باطلة ، ويتحقق ذلك إذا كان عقد المشترى الأول صحيحا أو قابلا للإبطال ، ولم يقض ببطلانه ، أما إذا كان عقد المشترى الأول باطلا فلا يسرى هذا الحظر حتى ولو لم يصدر حكم ببطلانه ، كما يتحقق ذلك إذا كان عقد البيع اللاحق يتضمن نفس المبيع فى عقد البيع السابق وصادرا من نفس المالك أو نائبه أو ممثل الشخص الاعتبارى " (٣).

٧٠- نطاق منع تكرار بيع الأماكن الخاضعة لقانون إيجار الأماكن وشروطه :

سبق أن ذكرنا أن الشخص إذا باع لأكثر من واحد مكانا خاضعا لقانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م فإنه يعد مرتكبا لجريمة النصب المنصوص عليها فى المادة ٣٣٦ عقوبات سواء سجل أو لم يسجل ، غير أن بعض الفقه يرى (٤) أن حظر بيع " المكان " لأكثر من واحد لا يشمل إلا " الوحدات السكنية " دون غيرها من المحلات التجارية ، ومكاتب المحامين ، وعيادات الأطباء ... الخ لأن نص القانون بالحظر يجب أن يفسر تفسيرا ضيقا وهو ما ينطبق على الوحدات السكنية فقط ، بينما يرى البعض

---

(١) وهو تاريخ العمل بالقانون رقم ٤٩لسنة ١٩٧٧م.

(٢) د.عبدالناصر توفيق العطار-البداية فى شرح أحكام البيع ط١٩٨٤ ص١١١ هامش ٣٣.

(٣) د. عبدالناصر العطار - السابق ص١١٢.

(٤) أنظر د. برهام عطا الله - دعوى صحة التعاقد على البيع - ط١٩٨٣م ص٨٩،٩٠ ، د. محمد المنجى - المرجع السابق ص٤٣٢.

الآخر (١) أن الحظر يسرى على بيع كل مكان خاضع لقانون إيجار الأماكن سواء كان من الوحدات السكنية أم من غيرها .

ونحن نميل إلى تأييد هذا الرأي لأن كلمة " الوحدة " فى النص جاءت مطلقة ، والمطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده ، ولم يرد ما يقصر معنى كلمة " الوحدة " على الوحدة السكنية ، ومن ثم وجب القول بأن حظر بيع أي وحدة فى المبنى الخاضع لقانون إيجار الأماكن يشمل أي وحدة سواء كانت سكنية أم غير سكنية (٢) وذلك منعا لسد أي باب من أبواب التحايل .

وتأسيسا على ما تقدم فإن حظر بيع أي مكان خاضع لقانون إيجار الأماكن لا يشمل إلا " التصرف بالبيع " دون أي تصرف آخر ، وفقا لمفهوم النص ، وهو – لاشك – " عيب فى النص ، والمحظور عليه ذلك هو المالك المتصرف بذاته أو بواسطة نائبه ، أو ممثل الشخص الاعتبارى ، أخذا بتفسير النصوص الجنائية تفسيرا ضيقا .

ولو أخذنا بأحكام الفقه الإسلامى – بحق – لسرى الحظر على تكرار كل تصرف بالبيع أو غيره وعلى جميع الأشياء (٣).

وإذا كان بيع " المكان " الخاضع لقانون إيجار الأماكن لأكثر من واحد يشكل جريمة النصب على النحو السابق ، فإن مقتضى ذلك وجوب توافر شروط قيام هذه الجريمة وهى ضرورة توافر ركنين أساسيين :

(أ) الركن المادى : ويقصد به هنا " حظر البيع " (٤)، أي منع المالك من

---

(١) د. عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١١١ هامش ٣٤.

(٢) ويؤيد ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م وتقرير لجنة الإسكان بمجلس الشعب من أنه " فى هذه المادة (م٢٣) حرم المشرع واقعة تأجير المكان الواحد وبيعه أو تمكين آخر منه على خلاف عقد سابق سواء كان المتعاقد هو المالك أو غيره ... وسواء كان العقد مشهرا أو غير مشهر وسدا لكل أبواب التحايل " .

(٣) د. عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١١٢ .

(٤) لأن البيع لأكثر من واحد يتضمن معنى" التدليس" الذى هو قوام الركن المادى لجريمة النصب ، لأن التدليس هو تشويه الحقيقة فى شأن واقعة يترتب عليها الوقوع فى=

إبرام أكثر من عقد واحد للمبنى أو الوحدة منه أثناء قيام علاقة البيع الأولى وسريان آثارها القانونية [١].

لأن إبرام أكثر من عقد واحد للمبنى الواحد أو الوحدة الواحدة منه يؤدى إلى الحيلولة دون حيازة صاحب العقد الأول للعين والانتفاع الكامل بها ، وهذا هو الاعتداء المدنى على الحيازة بغير القوة الذى جرمه المشرع فى قانون المساكن ، أما إذا انتهت علاقة البيع الأول لأي سبب مشروع [٢]، وتوقف سريان آثارها القانونية ، فقد زال الحظر ، وارتفع القيد الذى كان يمنع المالك من إبرام عقد جديد لمشترى جديد للمبنى أو الوحدة منه [٣].

والواقع أن " حظر البيع " أي منع المالك بيع الوحدة لأكثر من واحد أثناء قيام علاقة البيع الأولى وسريان آثارها القانونية مستمد من مدلول المادة ٣٦٦ عقوبات - السابق ذكرها - والتى بينت معنى النصب ووسائله وطرقه ومن بينها التصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكا للمتصرف ولا له حق التصرف فيه [٤]على النحو السابق بيانه سابقا وهذا يؤدى إلى القول بأن المادة ١/٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م ، ماهى إلا تطبيق خاص

=الغلط، أنظر فى ذلك تفصيلا د. محمود نجيب حسنى - السابق ص٩٩٣ ، وانظر فى بيان أركان جريمة النصب تفصيلا ، نقض جنائى فى ١٩٦٩/١/٢٧م مجموعة أحكام محكمة النقض س٢٠ رقم ٤٠ ص١٨٣ ، نقض فى ١٩ فبراير سنة ١٩٧٣ س٢٤ رقم ٥٠ ص٢٢٦ ، ١٩٧١/٦/٢٠ س٢٢ رقم ١١٨ ص٤٨١ .

(١) أنظر : د.لاشين الغياتى - المرجع السابق ص١٠١ .

(٢) كعدم سداد المشترى باقى الثمن فى الموعد المحدد لذلك بعد إنذاره على يد محضر أو مايقوم مقام الإنذار ، كما لوكان الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات (أنظر م ٢١٩ مدنى مصرى) .

(٣) أنظر د.محمد المنجى - الحيازة - ط١٩٨٥ص٢٧٤ وما بعدها .

(٤) أنظر فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ١٩٧٩/١/٨ طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٤٩ق ، ونقض فى ٢٧ /١٩٦٩/١ م - طعن رقم ١٨٦٠ لسنة ٣٨ق ، وفى ١٩٦٩/١١/٢٢ طعن رقم ١١٩٦ لسنة ٣٦ق ، ونقض جنائى فى ١٩٦٧/٥/١٦ - مجموعة أحكام النقض س١٨ق . رقم ١٣٠ ص٦٦٧.

للمادة ٣٣٦ع فى مجال الإسكان .

(ب) الركن المعنوى : النصب من الجرائم التى تتطلب نية خاصة ، فلا يعتبر القصد الجنائى موجودا إلا إذا توافرت نية الإضرار [(١)]، والمادة ٣٦٦ عقوبات تنص صراحة على أن يكون الاستيلاء على مال الغير بقصد سلب كل ثروة الغير أو بعضها ، أي بقصد تملك الشيئ المسلوب أو تمليكه للغير وحرمان صاحبه منه ، ومن ثم يجب أن يكون بائع " المكان " قد قصد خداع المشترى بالوسائل الذى استعملها معه [(٢)] ، أي أن الركن المعنوى فى جريمة البيع لأكثر من واحد فى مجال الإسكان هو قصد البائع مخالفة مقتضى عقد سابق لنفس المكان ، أو تعاقد البائع مع شخص آخر غير من تعاقد معه على شراء نفس المكان [(٣)] ، وبهذا يكون المشرع قد افترض توافر القصد الجنائى فى هذه الجريمة من مجرد البيع لأكثر من واحد لذات " المكان " وسواء بعد ذلك أكانت هذه العقود المتعددة قد أبرمت كتابة أم شفاهة ، وسواء أكانت رسمية أم عرفية ، ثابتة التاريخ أم لا ، وسواء تم البيع بواسطة المالك ذاته أم بواسطة نائبه أم بمعرفة ممثل الشخص الاعتبارى . إذ أن المشرع قد افترض العلم بالتصرف السابق فى حق المتصرف اللاحق ، سواء صدر التصرف من البائع أو ممن ينوب عنه قانونا ، وعليه يقع عبء إثبات العكس وفقا للأحكام العامة فى قانون الإثبات [(٤)].

---

(١) وعكس ذلك : د. محمود نجيب حسنى – المرجع السابق ص١٠٥١ حيث يرى سيادته أنه " لا يتطلب القصد الخاص (فى جريمة النصب) إتجاه إرادة المتهم إلى الإضرار بالمجنى عليه " وهو رأي محل نظر ، لأن النصب إذا كان واقعا على سبيل المزاح وبنية رد الشيئ المسلوب إلى صاحبه فورا لا تقوم جريمة النصب ، وهذا أقرب إلى المنطق القانونى من سابقه .

(٢) انظر فى هذا المعنى : المستشار / مصطفى هرجة – السابق ص١٢٨١ ، د. محمود نجيب حسنى – السابق ص١٠٥١.

(٣) أنظر : المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

(٤) أنظر : د. محمد المنجى – عقد البيع الابتدائى – السابق ط١٩٨٣م ص٤٣٧ وما بعدها، د. لاشين الغاياتى – المصدر السابق ص١٠٧ ، وانظر المادة : ٩٩ من قانون الإثبات – رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المنشور فى الجريدة الرسمية – العدد رقم ٢٢(مكررا) الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٩٢.

٧١- عقوبة جريمة البيع لأكثر من واحد فى مجال الإسكان :

تنحصر عقوبة البيع لأكثر من واحد فى مجال الإسكان فى الأمور التالية:

(أ) بطلان البيع اللاحق لتاريخ البيع السابق - كما سبقت الإشارة إلى ذلك (١) ويثبت تاريخ البيوع بكافة طرق الإثبات ، على أساس أن البيع لأكثر من واحد يعد جريمة جنائية ، ويخضع هذا الإثبات لتقدير قاضى الموضوع ، ولا محل لإجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين ، ولا يؤخذ بقاعدة الأسبقية فى التسجيل هنا ، باعتبار أن المشترى الأول هو المشترى الوحيد ، بينما كل عقود المشترين اللاحقة باطلة بطلانا مطلقا ، ولا يترتب عليها أي أثر ، غير أن ذلك لا يتحقق إلا إذا كان.عقد المشترى الأول صحيحا توافرت أركانه وشروط صحته ، أو كان قابلا للإبطال ولم يتقرر بطلانه ، أما إذا كان عقد المشترى الأول باطلا فلا يسرى هذا الحظر حتى ولو لم يصدر حكم ببطلانه ، كما يتحقق ذلك إذا كان عقد البيع اللاحق يتضمن نفس المبيع فى عقد البيع السابق وصادرا من نفس المالك أو نائبه أو ممثل الشخص الاعتبارى (٢).

(ب) يعاقب من باع " المكان " لأكثر من واحد بعقوبة النصب وهى الحبس بين حديه العامين (٣) ، وغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها أو إحاهما ، كما يعاقب على الشروع فى هذه الجريمة بالحبس مدة لا تتجاوز سنة .

كما قرر النص عقوبة تكميلية جوازية يحكم بها فى حالة العود ، وهى الوضع تحت مراقبة البوليس مدة لاتقل عن سنة ولا تزيد على سنتين ، وتوقع هذه العقوبة سواء كان العائد منهما بنصب تام أم بشروع فى نصب ، ولم ينص الشارع على ظروف مشددة للنصب (٤).

---

(١) أنظر : بند ٧٠ ص ١٠١-١٠٣ من هذا البحث .

(٢) د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١١٢.

(٣) والحد الأدنى للحبس أسبوع والأقصى ثلاث سنوات .

(٤) د. محمود نجيب حسنى - السابق ص١٠٢٢ ، وانظر د.رمسيس بهنام فى القسم الخاص فى قانون العقوبات ط١٩٨٢ ص٥٣٣ .

ويلاحظ أن حكم الإدانة يجب أن يتضمن بيانا تاما عن توافر أركان جريمة النصب ، والوقائع التى يقوم عليها كل ركن " حتى تتمكن محكمة النقض من معرفة ما إذا كان القانون قد حصل تطبيقه تطبيقا سليما أم لا [(١)] .

(جـ) تعويض المشترى الأول :

يجوز للمشترى الأول طلب التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وفقا للقواعد العامة ، وطلب التعويض هنا يقوم على أساس المسئولية العقدية التى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون [(٢)]. فالبائع - وفقا للقواعد العامة - يجب عليه الوفاء بما التزم به ، ولا يخل بالتزامه العينى ، كما يجب عليه القيام بكل ماهو ضرورى للتسجيل ونقل الملكية وتسليم المبيع ، ويحظر عليه القيام بأي عمل من شأنه أن يعوق نقل الملكية ويجعله عسيرا أو مستحيلا [(٣)]، فإذا أخل البائع بذلك - وهو ما يتحقق فى حالة بيع ملك الغير - سواء كان ذلك فى مجال الإسكان أم غيره - التزم بتعويض المشترى الذى بطل عقده وفقا للقواعد العامة فى التعويض [(٤)].

٧٢- مدة سقوط الدعوى الجنائية فى جريمة البيع لأكثر من واحد فى مجال الإسكان :

تعتبر جريمة بيع " المكان " لأكثر من واحد فى نطاق قانون إيجار

---

(١) نقض جنائى فى ١٩١٢/٦/٢٢ - الحقوق -س٢٨ ص١٢.

(٢) مادة ١٤٧ مدنى مصرى ، وانظر المادة ١/١٤٨ مدنى التى تنص على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " ، والمادة ١/١٥٨ مدنى التى تنص على أنه " فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى " .

(٣) أنظر م٤٢٨ ، م٤٣١ مدنى مصرى ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٧٢/١٢/١٢ - مجموعة أحكام النقض س٢٣ رقم ٢١٣ ص١٣٦٣.

(٤) أنظر المادة : ١/٢٢١ مدنى مصرى .

الأماكن " جريمة مؤقتة " وليست جريمة مستمرة إذ أن " الفيصل فى الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة هو الفعل الذى يعاقب عليه القانون ، فإذا كانت الجريمة تتم وتنتهى بمجرد ارتكاب الفعل كانت الجريمة وقتيه ، أما إذا استمرت الحالة الجنائية فترة من الزمن فتكون الجريمة مستمرة طوال هذه الفترة ، والعبرة فى الاستمرار هنا هى بتدخل الجانى فى الفعل المعاقب عليه تدخلا متتابعا متجددا (١).

وتطبيقا لهذا المعيار فإن جريمة بيع المكان لأكثر من واحد فى مجال الإسكان تتم وتنتهى فى آن واحد وهو تمام البيع لأكثر من واحد فى وقت معين هو وقت البيع ، ومن ثم كانت جريمة وقتية (٢).

وتأسيسا على ماتقدم :فإنه إذا انقضى على تاريخ وقوع الواقعة (واقعة البيع) مدة ثلاث سنوات قبل رفع الدعوى سقطت الدعوى الجنائية بمضى هذه المدة (٣).

---

(١) نقض جنائى فى ١٩٥١/٤/٢٢ الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٢١ق .

(٢) أنظر : د.محمد المنجى – السابق ص٢٩٨ ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٦٦/٢/٢٨ – مجموعة أحكام النقض س١٧ رقم ٣٧ ص٢٠٣.

(٣) أنظر د. لاشين الغياتى – السابق ص١١١ ، وانظر المادة ١/١٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى.

المطلب الخامس

حكم بيع العقار المملوك للغير

قبل التسجيل وبعده

٧٣- تمهيد :

سبق أن ذكرنا أنه لا مناص من النزول على حكم القانون فى أن بيع ملك الغير قابل للإبطال بموجب نص خاص أنشأه القانون ، مع أننا نختلف مع هذا التكييف لاعتبارات عديدة سبق ذكرها (١) .

وكان التقنين المدنى السابق يقضى بأن البيع ينقل ملكية المبيع فيما بين المتعاقدين بمجرد الاتفاق ، ولم يكن يشترط تسجيل العقد إلا للاحتجاج على الغير بنقل الملكية (٢) ، فكان بطلان بيع ملك الغير آنذاك نتيجة حتمية لاعتبار البيع ناقلا للملك بذاته . فلما صدر قانون التسجيل فى عام ١٩٢٣ قرر أن البيع العقارى لم يعد ناقلا للملك بذاته ، وإنما تنقل الملكية العقارية بالتسجيل . ومن وقته فقط بالنسبة للمتعاقدين والغير على السواء ، أما قبل التسجيل فلا يكون البيع إلا منشئا لالتزامات معينة أهمها الالتزام بنقل الملكية (٣) ، الأمر الذى أثار خلافا كبيرا بين شراح القانون فى شأن حكم بيع ملك الغير قبل التسجيل ، وبعد صدور قانون التسجيل ، حيث يرى بعضهم أن بيع ملك الغير ، صحيح قبل التسجيل قابل للإبطال بعده ، بينما يرى البعض الآخر ، أن بيع ملك الغير صحيح قبل التسجيل وبعده ، وذهب فريق ثالث إلى أنه قابل للإبطال قبل التسجيل وبعده . وهذا ما سنتناوله تفصيلا فى البنود التالية :

٧٤- الرأي الأول : بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل قابل للإبطال بعده :

ذهب بعض الفقه المصرى (٤)إلى أن بيع عقار الغير يقع صحيحا مادام

---

(١) أنظربند ٦٩ ص٩٢ من هذا البحث .

(٢) د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٢٥.

(٣) أنظر فى ذلك : د.عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٤١٤ بند ٢٨٥ ، د. سليمان مرقس – السابق – الموضع السابق .

(٤) د. احمد نجيب الهلالى ، د.حامد زكى – المرجع السابق نبذه ١٧٠،١٧١.

لم يسجل ، ثم ينقلب باطلا بالتسجيل ، لأن بيع العقار لم يعد ناقلا للملك بذاته ، بل بالتسجيل ، فانعدمت فيه علة بطلان بيع ملك الغير ، وكل مافى الأمر أن المشترى يكون له حق فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية شأنه فى ذلك شأن المشترى من المالك الحقيقى " إذا لم يشأ أن يلجأ إلى استصدار حكم بصحة التعاقد " (١)، وهذا الفقه يسلم بأن المشترى إذا تمكن من تسجيل العقد ، فإن البيع يمكن إبطاله عندئذ ، لأنه أصبح بطبيعته - بعد التسجيل - قابلا لنقل الملكية .

وقد انتقد هذا الرأي من عدة وجوه :

(أ) أن من المستقر عليه أن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا ، فلو كان عقد بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل ، فينبغى أن يستمر صحيحا بعده (٢).

(ب) أن المنطق القانونى يأبى قبول القول بأن عقدا ما يقع صحيحا وقت انعقاده، ثم ينقلب باطلا لسبب تال لهذا الانعقاد (٣).

(جـ) أن قضاء النقض قد استقر على أن بيع ملك الغير يقع باطلا ولايكون من شأن تسجيله تصحيح البطلان ، ولا يترتب عليه أثر فى نقل الملكية من البائع إلى المشترى (٤) ، وأن " التسجيل لا يصحح العقد الباطل " (٥) .

٧٥-الرأي الثانى: بيع عقارالغير صحيح قبل التسجيل وبعده:

ذهب البعض الآخر من الفقه (٦) إلى أن البيع الوارد على عقار الغير

---

(١) أنظر فى عرض هذا الرأي د.سليمان مرقس - السابق ص٧٢٦.

(٢) د.عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٧٢٦ ، وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٩٣ .

(٣) د.سليمان مرقس - السابق ص٧٢٦.

(٤) انظر : نقض مدنى فى ١٩٨٨/١١/٣٠م - طعن رقم ١٥٥٦- لسنة ٥٥ق .

(٥) نقض مدنى فى ١٩٦٥/٥/٢٧ - مجموعة أحكام النقض س١٤ ص٦٥٥ وانظر د. عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق ص١٧٨.

(٦) د. حلمى بهجت بدوى - فى مقال له بمجلة القانون والاقتصاد .ع١ ص٥٩٨ وما بعدها .

يقع صحيحا قبل تسجيل العقد وبعده ، لأن البيع العقارى فى القانون المصرى ، لم يعد ناقلا للملكية بذاته ، ولأن علة بطلان بيع ملك الغير هى أن الملكية فى البيع يجب أن تنتقل فى الحال ، ومن يبيع ملك غيره لا يترتب علي بيعه هذا الأثر ، ولما كانت هذه العلة قد زالت بصدور قانون التسجيل ، فقد زال سبب البطلان ، ومن ثم يكون بيع عقار الغير صحيحا قبل أن يسجل ، ويبقى صحيحا حتى بعد التسجيل .

ولم يسلم هذا الرأي من النقد - بحق - لأن إرادة المتعاقدين يمكن أن تتجه إلى نقل الملكية وقت التعاقد ، إلا أنها لا تنتقل بالفعل لسبب خارج عن إرادتهما " ففى حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية فى الحال ، ولكن يحول دون ذلك ضرورة التسجيل ، وهو وضع اقتضاه القانون لا إرادة المتعاقدين ، فتبقى علة البطلان - وهى قصد نقل الملكية فى الحال - متوافرة فى بيع عقار الغير قبل التسجيل ، فيكون هذا البيع قابل للإبطال [١] .

٧٦- الرأي الثالث : بيع عقار الغير قابل للإبطال قبل التسجيل وبعده :

ذهب غالب الفقه المصرى [٢] إلى أن بيع العقار المملوك للغير يقع باطلا قبل التسجيل وبعده [٣] وفقا للمادة ٣٣٣/٢٦٤ مدنى قديم ، والمادة ١/٤٦٦ من التقنين المدنى الحالى ، إذ أن بيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية سواء سجل أو لم يسجل ، إذ أن كلا من قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى لم يغيرا من الأمر شيئا بالنسبة لطبيعة عقد البيع ، فالبيع لا يزال

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى - المصدر السابق ص٢٨٧.

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى - المصدر السابق ص٢٨٦ ، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٩-١٣٠ فقرة ٨٢ ، د. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤١٥ فقرة ٢٨٥ ، د.لاشين الغاياتى - السابق ص٦٠ ، د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص٧٢٦ ، د. أنور سلطان - المصدر السابق - نبذة ٤٠١.

(٣) المقصود بالبطلان هنا هو البطلان النسبى وفقا لرأي جمهور الفقه المصرى ، أو البطلان المطلق وفقا للرأي الذى رجحناه مع بعض الفقه المصرى فى حينه .

بطبيعته ناقلا للملكية – إذ أن المادة الأولى من قانون التسجيل [١] تنص على أن " جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض من شأنها إنشاء ملكية ... يجب شهرها بواسطة تسجيلها " .

وتنص المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى على أن " جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ..."

ويستبين من هذين النصين أن قانون التسجيل لم يغير من طبيعة عقد بيع العقار ، وإن ترتب عليه تأخير انتقال الملكية إلى ما بعد التسجيل [٢]" ولكن لأن هذا التراخى لا تقتضيه طبيعة الأشياء كما فى بيع المثليات وبيع الأموال المستقبلة ، ولأنه ليس ناشئا عن اتجاه العاقدين إليه كما فى إضافة انتقال الملكية به إلى أجل ، فإنه لا يمنع من اعتبار عقد بيع العقار من العقود الناقلة للملك بحسب قصد العاقدين وطبيعة الأشياء ، ومن اعتبار علة بطلان بيع ملك الغير متوفرة من وقت انعقاده ، فيقع باطلا ويظل باطلا بالرغم من تسجيله " [٣] .

٧٧- الرأي الراجح :

إزاء الانتقادات الموجهة إلى كل من الرأي الأول والثانى فإنه لم يبق إلا ترجيح الرأي الثالث القائل بأن بيع عقار الغير قابل للإبطال قبل التسجيل وبعده لسلامته من العوار ولما يتميز به من قيامه على أسس منطقية تخلص فيما يلى :

(أ) القانون المدنى الجديد صريح وحاسم فى هذا الشأن حيث نص صراحة

---

(١) وهو القانون رقم ١٨ الصادر عام ١٩٢٣م .

(٢) د.عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٤١٥ نبذة ٢٨٥ .

(٢) د.سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٢٦ ، وفى نفس المعنى د.عبدالرزاق السنهورى – السابق ص٢٨٦ ، د.عبدالمنعم البدراوى – السابق – الموضع السابق ، د.توفيق فرج – عقد البيع – ط١٩٧٩ ص١١٩، ١٢٠ .

على جواز أن يطلب المشترى إبطال عقد بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع، فقد نصت المادة ٤٦٦/١ مدنى على أنه " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع ، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل " . فالنص المنشئ للبطلان جاء عاما يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل ، ومن ثم وجب القول بأن بيع عقار الغير يكون باطلا قبل التسجيل وبعده [١] .

(ب) إذا قلنا بأن عقد البيع ينشئ التزاما بنقل الملكية ، فإن ذلك يستتبع القول بأن علة بطلان بيع ملك الغير هى التناقض بين التزام البائع بنقل الملكية [٢] ، وبين واقعة عدم ملكية البائع للمبيع ، وهذه العلة - علة البطلان- لازالت موجودة فى بيع عقار الغير حتى بعد صدور قانون التسجيل وسواء سجل البيع أم لم يسجل [٣].

(جـ) من القواعد المستقرة فى القانون المدنى فقها وقضاءا أن التسجيل لا يؤثر على حق المشترى فى طلب إبطال ماشتراه من غير مالك ، إذ لا أثر للتسجيل على العقد [٤] ، إذ أن التسجيل لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا ، ومنطق الأمور يقضى بأنه لو كان بيع عقار الغير صحيحا قبل التسجيل فإنه ينبغى أن يستمر صحيحا بعده ، ولما كان بيع عقار الغير قابلا للإبطال قبل التسجيل فإنه ينبغى أن يستمر قابلا لهذا الإبطال بعده [٥] .

---

(١) أنظر د.عبدالرزاق السنهورى - السابق ص٢٨٦.

(٢) أي الالتزام الناشئ عن العقد .

(٣) د. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤١٥ .

(٤) أنظر د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٠.

(٥) راجع د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق - الموضع السابق ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج٤ ص١٩٣.

الفصل الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى
فى القواعد العامة لبيع ملك الغير

٧٨- أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى القواعد العامة لبيع ملك الغير :

يستبين من عرض قواعد وأحكام بيع ملك الغير فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى أنهما يتفقان فى بعض هذه القواعد ويختلفان فى البعض الآخر وذلك على النحو التالى :

أولا : يحدد الفقه القانونى إطار بيع ملك الغير فى أن يبيع شخص شيئا معينا بالذات إلى آخر وهو لا يملكه حال اتجاه إرادة المتعاقدين إلى نقل ملكية المبيع فور التعاقد ، وبائع ملك الغير هو " الفضولى " فى الفقه الإسلامى وهو من يتصرف فى حق الغير بدون إذن شرعى ، وفى هذا يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى ماهية بيع ملك الغير ، إلا أن صياغة الفقه الإسلامى كانت أكثر دقة ووضوحا مع إيجازها غير المخل على النحو الذى سقناه فى حينه .

ثانيا : فى مجال شروط تحقق بيع ملك الغير : يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى هذه الشروط حيث يجب ألا يكون البائع مالكا للشيئ المعقود عليه وقت البيع ، وألا يكون العاقد مأذونا له فى التصرف من قبل الشرع بولاية أو وكالة ، غير أن فقه القانون الوضعى كان أكثر وضوحا حين اشترط- لكى نكون بصدد بيع ملك الغير - أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرام بيع ناقل للملك بذاتــه ، أي بمجرد الاتفاق ، فــإذا باع الشخص شيئا معينا بنوعه (١) لايملكه لم يكن ذلك بيعا لملك الغير ، وعليه الالتزام فقط بنقل ملكية المبيع إلى المشترى لأنه يستطيع الحصول على هذه المثليات فيما بعد ، كما أن البائع إذا اقتصر تصرفه على التعهد للمشترى بالحصول على ملكية الشيئ ثم

---

(١) كالحنطة ، والأرز ، والسكر ، والزيت فهذه أشياء مثلية يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء .

نقلها بعد ذلك للمشترى لم نكن بصدد بيع ملك الغير، وإذا اقتصر تصرفه على وعد المشترى بالبيع فإن هذا لايعد بيعا لملك الغير ... الخ .

ورغم وضوح الفقه القانونى فى هذا الصدد ، إلا أن ما قد يبدو من عدم وضوح ذلك الشرط فى الفقه الإسلامى يرجع إلى اختلاف المنهج فى كل منهما لأن الفقه الإسلامى يهتم ببيان القواعد الكلية دون الجزئيات والتفصيلات ، وذلك يرجع إلى النزعة الموضوعية التى يميل إليها الفقه الإسلامى ، مما يبين مدى حسن معالجة الفقه الإسلامى وحسن أسلوبه بتغليب النزعة الموضوعية لما فى ذلك من الاهتمام بالجوهر دون المظهر .

ثالثا : لم يصبح عقد البيع ناقلا للملكية فى القانون الوضعى إلا فى العصر الحديث على خلاف ماكان سائدا فى القانون الرومانى والقانون المدنى الفرنسى القديم ، بينما نجد أن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية منذ بدء مشروعية البيع ، بل إن إرادة المتعاقدين فى الفقه الإسلامى تقتصر على الرضا بالتعاقد بينما آثار هذا العقد جعلية فيه ، وفى هذا يختلف الفقه الإسلامى عن القانون الوضعى فالأول أسبق تاريخيا من الثانى فى مشروعية البيع وبيان خصائصه وآثاره ، وهو ماينعكس بالطبع على بيع ملك الغير .

رابعا : يتفق القانون المدنى القديم والقضاء الفرنسى مع الفقه الإسلامى فى أحد اتجاهاته القوية - فى أن بيع ملك الغير صحيح إذا أجازه المالك الحقيقى ، ولكن القانون المدنى الجديد قرر صراحة فى المادة ١/٤٦٦ منه بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا مما حدا بالفقه المصرى إلى انتقاد هذا المسلك، وترتب عليه اختلاف الفقه القانونى فى حكم بيع ملك الغير ، فمنهم من رأي أنه بيع باطل بطلانا مطلقا ، ومنهم من يرى أن بيع باطل بطلانا نسبيا ، ومنهم من يرى أنه بيع موقوف على إجازة المالك ، ومنهم من يرى أنه بيع باطل بنص خاص ، ولكل حججه فى تخريج النص القانونى السابق ، غير أن كل هذه الآراء تفتقد إلى النص القانونى الصحيح عدا النظرية القائلة بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا لصالح المشترى ، وفى هذا يختلف الفقه الإسلامى مع القانون الوضعى حيث يقرر القانون الوضعى أن طلب إبطال بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى ، ولا يملك البائع طلب البطلان ، كما لايملك المالك طلب البطلان ، لأن المشترى هو الوحيد الذى أصابه الضرر من جراء بيع ملك الغير له ، بينما حق إجازة العقد أو إمضائه هو فى الفقه الإسلامى للمالك الحقيقى وليس للبائع أو المشترى ، لأنه هو الذى يمكن أن يضار من بيع

ملكه دون إذن أو ولاية وهو قول سديد يتفق وقواعد العدل والمنطق ، ومن هنا كان مسلك القانون الوضعى مجافيا لما ينبغى أن يكون عليه الأمر فيمن له حق إجازة العقد أو إمضائه فى بيع ملك الغير .

خامسا : يتفق الفقه الإسلامى – فى أحد اتجاهاته القوية وهو ما رجحناه– مع ما ذهب إليه بعض الفقه القانونى الوضعى فى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا ، وعلى المقنن الوضعى المصرى أن يتخذ مايراه مناسبا لتعديل النصوص التشريعية الخاصة ببيع ملك الغير حتى تتلاءم مع أحكام الفقه الإسلامى فى هذا الصدد .

٧٩- أوجه الشبه والاختلاف بين الفقهين فى نسبية الأثر الملزم للعقد :

استبان لنا من العرض السابق فى بيان القواعد العامة لبيع ملك الغير فى كل من القانونين المدنيين المصرى والفرنسى والفقه الإسلامى : أنهم يتفقون فى المبدأ العام بالنسبة للقوة الملزمة للعقد وآثاره النسبية ، وأن أثر العقد فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ينصرف إلى العاقد فقط الذى أجرى التعاقد لحساب نفسه ، أو قام به غيره نيابة عنه ، مع ملاحظة أن الفقه الإسلامى يميز بين حكم العقد وحقوقه .

فحكم العقد هو : الأثر الأصلى له ، والهدف الذى يقصد المتعاقدان تحقيقه من وراء إنشائه [١] .

أما حقوق العقد فهى : الأعمال التى ينبغى القيام بها لتحقيق حكم العقد ، ومثال ذلك : عقد الإيجار ، حكمه هو ملك المستأجر منفعة العين المؤجرة مدة الإيجار ، وملك المؤجر للأجرة المتفق عليها ، وحقوقه هى : تمكين المستأجر من تسليم العين المؤجرة والانتفاع بها ، وضمان وصول الأجرة للمؤجر [٢].

ويتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن أثر العقد كما قد ينصرف إلى الخلف العام والخلف الخاص ، قد ينتقل إلى الغير والدائنين أيضا،

---

(١) أنظر : د. محمد المهدى – المرجع السابق ص١٠٣.

(٢) أنظر : تبيين الحقائق – شرح كنز الدقائق للزيلعى ج٤ ص٢٦٠.

فالفقه الإسلامى يفرق بين الحقوق الناشئة عن العقد والديون المترتبة عليه ، إذ تنتقل الحقوق الناشئة عن العقد من المورث إلى الوارث باعتباره خلفا عاما له بعد موت المورث ، بينما لا تنتقل الديون الناشئة عن العقد ، بل تبقى فى التركة ، لأن خلافة الوارث للمورث إنما تكون فى الحقوق لا فى الديون ، مع ملاحظة أن الحق هنا معناه " فى الفقه القانونى (١) ، لا الحق بمعناه فى الفقه الإسلامى الذى هو الأعمال التى يتوصل بها لتحقيق الحكم " (٢).

وعلى ذلك تنتقل جميع الحقوق من المورث إلى الوارث فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى والفرنسى ، إلا أنه يوجد استثناءات على هذا المبدأ فى كل من الفقه الإسلامى والقوانين الوضعية .

وهذه الاستثناءات قد ترجع إلى طبيعة الحق حين يكون غير قابل للانتقال مثل الحقوق غير المالية ، أو لأن هذا متصل بمشيئة المورث لا بماله، وقد يكون حقا ماليا غير قابل للإنتقال مثل حق المالك – وحده – فى إجازة تصرف الفضولى (٣).

أما بالنسبة للديون فإنها لا تنتقل من المورث إلى الوارث بل تستوفى من التركة قبل أخذها من قبل مستحقيها ، وتكون هى المسئولة عن ديون المورث

---

(١) الحق فى الفقه القانونى : سلطة تخول الشخص القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة يعترف بها القانون ، أنظر فى ذلك د.حسن كيرة : أصول القانون ص٥٦٧ ط٦٠ ، وكتابنا المدخل فى دراسة العلوم القانونية – النظرية العامة للحق – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ط ١٩٩٤ص٦-٢٥ والمراجع المشار إليها فيه .

(٢) د. محمد المهدى – المصدر السابق ص١٠٤ ، وإن كنا نرى أن التعريف الوارد للحق فى المتن غير دقيق، لأن الحق له تعريفات عديدة عند فقهاء المسلمين أكثرها وضوحا فى رأينا هو أنه " ما يثبت فى الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير " احمد فهمى أبوسنة – النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ص٥٠ ط١٩٦٧ ، وانظر مؤلفنا السابق – نظرية الحق ص٢٦-٣١ وقد بسطنا تعريفات الحق عند مختلف الفقهاء وليس من بينها أنه أعمال يتوصل بها لتحقيق الحكم .

(٣) أنظر فى ذلك : تبيين الحقائق – السابق ج٥ ص٢٥٧-٢٥٨ ، والفروق للقرافى ج٣ ص٢٧٥ ، وما بعدها، والمهذب للشيرازى ج١ ص٣٧٨.

الفقه الإسلامى وفقا لمبدأ " لاتركة إلا بعد سداد الديون " ، وهذا مالا يأخذ القانون المدنى الفرنسى ، فالخلف العام فيه مسئول عن حقوق سلفه والتزاماته (١) ، أما بالنسبة للخلف الخاص - كالمشترى لعين معينة والموصى له بعين معينة من التركة - فكل الحقوق المرتبطة بهذه العين تنتقل إلى الخلف الخاص ، وكذلك الدائن قد ينصرف إليه أثر العقد الذى يبرمه المدين ، إلا أن الدائن قد يصبح غيرا فى كل من الفقه الإسلامى والقانونين المدنيين المصرى والفرنسى وذلك فى حالة تصرف المدين بطريق التبرع فى مرض الموت ، فإن حق الدائن مقدم على حق التبرع الذى يبرمه المتصرف (٢) إلى غير ذلك من الصور التى يمكن أن يصبح فيها الدائن غيرا فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى كالحجر على المدين المفلس (الإعسار) وعدم سريان تصرف المدين الضار فى حق الدائن (الدعوى البوليصية) (٣) ... الخ .

وبذلك يتبين :

أولا : أن القانون الوضعى يتفق مع الفقه الإسلامى فى أن العقد لا ينتجه إلا بين عاقديه فقط ، ولا تنصرف آثاره إلى الغير الأجنبى عن العقد ، كما هو الشأن فى بيع ملك الغير (بيع الفضولى) فهو غير نافذ فى حق المالك يقى إلا إذا أجازه على رأي بعض الفقهاء ، ويبطل بطلانا مطلقا على رأي البعض الآخر على نحو ما بيناه فى حينه ، وهذا ما يختلف فيه القانون الوضعى عن الفقه الإسلامى ، لأن الأول " لا يجيز أن ينصرف الالتزام إلى الغير ولكن يجيز أن ينصرف الحق " (٤) .

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج٥ ص٧٧ هامش (٢) ط بيروت .

(٢) أنظر : د. محمد ابراهيم - المرجع السابق ص١٠٦.

(٣) أنظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص٢٣٦،٢٣٧ ط ١٣٣١هـ والقواعد رجب الحنبلى - القاعدة رقم ١١ ص١٤ ط١٣٩٢هـ وأعلام الموقعين لابن قيم ...ية ج٤ ص٦-٧ط ١٣٨٨هـ .

(٤) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص١٥٩.

ثانيا : سبق أن ذكرنا أن الفقه الإسلامى يشترط - لكى يكون العقد صحيحا نافذا - أن يكون للعاقد ولاية على محل العقد ، وعلى نوع التصرف

فإذا تخلف أحد هذين الشرطين كان العقد صحيحا فيما بين المتعاقدين غير نافذ فى حق المالك الحقيقى ، وذلك على اعتبار أن الولاية شرط من شروط نفاذ العقد ، وإذا اعتبرناها شرطا من شروط الانعقاد - كما يرى بعض الفقهاء (١) - يكون العقد باطلا ، وهذا كله بخلاف القانون الوضعى الذى يقرر بطلان بيع ملك الغير بطلانا نسبيا ، وأن طلب البطلان مقرر لصالح المشترى ليس إلا ، فى الفقه الراجح فيه .

---

(١) حيث يرى هذا البعض أن الملك أو الولاية - على المعقود عليه شرط من شروط الانعقاد - أنظر فى ذلك: الأشباه والنظائر للسيوطى ص٣١٠ .

الباب الثانى

آثار بيع ملك الغير

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

الفصل الأول
آثار بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى

المبحث الأول
الضوابط التى تحكم آثار بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى

٨٠- توضيح : بيع ملك الغير قابل للإجازة فى الفقه الإسلامى :

سبق أن ذكرنا فى الفصل الأول من هذا البحث أن عقد البيع قد ينعقد صحيحا بين العاقدين ، ولكن نظراً لتعلق حق الغير بالمحل فإن آثاره تكون منعدمة على الرأي القائل ببطلان بيع ملك الغير ، أو تكون هذه الآثار متوقفة على إجازة من له الحق فى الإجازة فى الفقه الإسلامى ، ولا ينتج آثاره فيما بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة لمن له حق الإجازة إلا إذا وردت هذه الإجازة عليه ممن يملكها شرعا ، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل وفقا للرأي القائل بأنه عقد صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن .

وترتيبا على ماتقدم فإن بيع ملك الغير يمر بمرحلتين : مرحلة ما قبل إجازته ، ومرحلة ما بعد الإجازة ممن يملكها شرعا .

كما أن آثار هذا البيع تختلف فيما بين المتعاقدين عنها بالنسبة إلى الغير ، هذا فضلا عن أن إجازة أو إقرار عقد الفضولى يستوجب الحديث عن " الإجازة " أو " الإقرار " لبيع ملك الغير ، وما دام الأمر فى كل هذه النقاط يتعلق بالإجازة ممن يملكها شرعا ، فيحسن بنا أن نبدأ بالحديث عنها من حيث تعريفها ، ومحلها ، ومن له الحق فيها ، وأثرها ... الخ ، ثم نتبع ذلك عن أثر بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير ... الخ .

المطلب الأول

ماهية الإجازة والفرق بينها وبين ماقد يتشابه بها من نظم

٨١- ماهية الإجازة :

الإجازة فى اللغة : تأتى بمعنى الإمضاء أو النفاذ للعقد أو الفعل ، فأجاز البيع بمعنى أمضاه ، وجعله جائزا نافذا ، وأجاز له الأمر أي سوغه له (١) .

وفى اصطلاح الفقهاء : هى " رفع المانع " (٢) ، أو هى " تصرف فى العقد بالإبقاء " (٣) فعلى ذلك تكون الإجازة " تصرف شرعى فى العقد بالإبقاء توجب نفاذه وترتب عليه حكمه إما مستندا إلى وقت وجوبه أو مقتصرا على حال صدورها " (٤) . ومن ثم يكون لمالك الشيئ فى حالة بيع الفضولى لملك غيره حق إجازة هذا البيع أو رده .

ويرى بعض الفقه المعاصر (٥) أن الإجازة على هذا المعنى تكون غير جامعة لجميع عناصرها من حيث أنها تصرف انفرادى ، وترد على الفعل كما ترد على العقد ، ولذا يمكن تعريفها بأنها : تصرف انفرادى (٦) يصدر من صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانونى أو مادى موقوف النفاذ فى حقه ، فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه كافة آثاره بأثر رجعى أو حال حسب طبيعة

---

(١) لسان العرب لابن منظور ص٧٣٤ ط١٩٧٩م -١٩٨٠م ، والمصباح المنير ج١ ص٥٤ ط١٣١٥هـ ، ومختار الصحاح للرازى ص١٧٨ ط١٣١١هـ .

(٢) تكملة فتح القدير ج٨ ص٢٢٤.

(٣) الهداية وفتح القدير ج٥ ص٣١١ ، وانظر البدائع للكاسانى ج٥ ص١٤٩.

(٤) د. عبدالرازق حسن فرج - المصدر السابق ص٢٠٢.

(٥) د. محمد المهدى ابراهيم - المصدر السابق ص٢٥٢.

(٦) أي ليست تصرفا تبادليا أو من الجانبين .

التصرف المراد إنفاذه (١).

وبتطبيق هذا التعريف على بيع ملك الغير ، نرى أن الإجازة ترد على العقد الذى عقد بين بائع ملك غيره والمشترى قبل حصول تسليم المبيع للمشترى والانتفاع به ، وفى هذه الحالة تكون واردة على تصرف قانونى ، أما إذا وردت الإجازة بعد تسليم المبيع للمشترى ، فإنها تكون واردة على إنفاذ تصرف مادى ، وهى بهذا المعنى لا تكون بمثابة " قبول " لأن العقد قد تم صحيحا بين المتعاقدين ، ويقتصر أثرها على إنفاذ العقد فى حق المالك وترتب آثاره عليه ، ومن هنا قال الفقهاء : أن " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " ويكون العقد - بعد الإجازة - قد تم منذ لحظة انعقاده بين الفضولى والمشترى (١) .

٨٢- الفرق بين الإجازة والإقرار :

الإجازة : هى الرضا بالتصرف بعد وقوعه ، وهى ترد على العقد القابل للإبطال من العاقد الذى تقررت لمصلحته هذه القابلية لتزيل ما لحق به من عيب يمكن الطعن فيه بالبطلان أما الإقرار فهو يرد على عقد صحيح

---

(١) وهى بهذا المعنى لا تخرج عن معناها فى فقه القانون الوضعى ، فمعناها فى القانون : النزول عن الحق فى التمسك بإبطال العقد ممن تقرر له هذا الحق ، وتعتبر تصرفا يتم بإرادة منفردة هى إرادة صاحب الحق فى طلب الإبطال ، فلا تحتاج إلى قبول من الطرف الآخر ، وهى باعتبارها عملا قانونيا يلزم فيها توافر الأهلية لدى المجيز ، وخلو إرادته من عيوب الإرادة (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال) أنظر فيما سبق د. عبدالرزاق السنهورى - نظرية العقد ص٦٦٨ ط١٩٣٤م ، د.عبدالمنعم الصدة - نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ج٢ ص٧٩ ط١٩٥٨ ، وعلى ذلك يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى ماهية الإجازة ، ويختلفان بعد ذلك فى أن كل ما يترتب على الإجازة فى القانون هو تأكيد عوامل الصحة فى العقد القابل للإبطال وإزالة الخطر الذى كان يهدده بالزوال ، بخلاف العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى فهو لا ينتج أثرا قبل إجازته ، فإذا ما أجيز أصبح نافذا منتجا لأثره إما مستندا إلى وقت صدوره أو مقتصرا على حال الإجازة ، انظر فيما سبق د. عبدالرازق فرج - المصدر السابق ص٢٠٤.

(٢) انظر : أحكام العقود فى الشريعة الإسلامية للشيخ / على قراعة ص٨٠،٨١ ط ١٩٥٣.

صحيح ويكون من شخص غير طرف فى العقد يريد به أن يجعله ساريا فى حقه بعد أن كان من الغير لا يتعدى أثره [١]، فبيع ملك الغير بيع قابل للإبطال فى فقه القانون الوضعى ، وفى نفس الوقت لا يسرى فى حق المالك الحقيقى إلا إذا أقره ، ومن ثم يستطيع المشترى أن " يجيز " العقد ليزيل البطلان ، و " يقره " المالك الحقيقى لكى يكون ساريا فى حقه ، وإذا كان الفقه الإسلامى – فى أحد آراءه – يجعل العقد موقوفا على إجازة المالك – وليس إجازة المشترى كما هو الشأن في فقه القانون الوضعى فإن المنطق الصحيح يقضى بالقول بأن بيع ملك الغير يتوقف على " إقرار " المالك لبيع الفضولى ، وليس لإجازته لعقد الفضولى ، ومن هنا يتبين أهمية بيان ما هية الإقرار والفرق بينه وبين الإجازة، لأن المشترى قد يجيز بيع ملك الغير – أي لا يتمسك بالبطلان – ومع ذلك لا يقره المالك الحقيقى – فلا تنتقل ملكية الشيئ المبيع إلى المشترى، وذلك مثل إقرار الورثة للتصرفات التى أجراها مورثهم فى مرض موته .

٨٣- الفرق بين الإجازة والإذن :

الإجازة – كما سبق القول – هى الرضا بالتصرف بعد وقوعه ، **أما الإذن فهو** : الأمر بالتصرف قبل حصوله ، وكل من ملك الإذن السابق ملك الإجازة اللاحقة ، كما أن الإذن يكون لما سيقع مستقبلا ، أما الإجازة فإنها تكون لما وقع ، ويكون الإذن بمعنى الإجازة إذا حدث هذا الإذن بعد التصرف (كتصرف الفضولى) وكان الأمر قد وقع وعلم به الآذن [٢].

٨٤- الفرق بين الإجازة وعمل العقد من جديد :

سبق أن ذكرنا أن الإجازة تصرف انفرادى من جانب واحد هو المجيز ، وليست تصرفا تبادليا ، أما عمل العقد من جديد " فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد ، ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل ، لذلك يجب توافر الأهلية فى كل من المتعاقدين وقت العمل الجديد ، ويكتفى بتوافرها فى المجيز وقت الإجازة " [٣].

---

(١) انظر فى ذلك : د.عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق ص٥٦٥-٥٦٦.

(٢) انظر : جامع الفصولبين لابن قاضى سماوة ج١ ص٢٣١ .

(٣) د. عبدالرزاق السنهورى – مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج٤ ص١٠٩ ط١٩٥٧.

المطلب الثانى

أحكـــام الإجـــازة

٨٥- وسائل التعبير عن الإجازة :

(أ) إجـازة تصـرف الفضولـى تكـون : بـالقول أو بـالفعل ، وباعتبارهـا تصرفا أحاديا تتحقق باللفظ الصريـح ممـن لـه الحق فيها شرعا ، كـأن يقـول المجيز : أجزت التصرف ، أو قبلته ، أو رضيت به [١] ، كما تتحقق بالدلالـة الضمنية كما لو طلب من له الحق فى الإجازة (المـالك الحقيقـى فـى بيـع ملـك الغير) الثمن من المشترى ، وبقيام المالك بتسليم المبيع ، وهذا مـا يسـمى عنـد الفقهاء بالإجازة الفعلية ، وقد نصت المادة ٣٠٣ من مجلة الأحكام العدلية علـى الإجازة اللفظية بقولها " الإجازة القولية كل لفظ يـدل علـى الرضـا بلـزوم البيـع كأجزت ورضيت .

ونصت المادة ٣٠٤ مـن المجلـة علـى الإجـازة الفعليـة بقولهـا " الإجـازة الفعلية هى كل فعل يدل على الرضا ، فلو كان المشترى مخيرا وتصـرف فـى المبيع تصرف الملاك كأن يعرض المبيع للبيع أو يرهنه ... كـان إجـازة فعليـة يلزم بها البيع " .

فالفرق بين الإجازة الصريحة والإجازة الضمنية أن التعبير الصريح يـدل على الإجازة دون اجتهـاد أو مشـقة ، أمـا الإجـازة الضمنيـة فيخضـع تفسيرها وتقدير معناها للقاضى مستهديا فى ذلك بالأعراف المحلية والظروف المحيطـة بكل قضية [٢].

(ب) وتكون بالإشارة المفهمة كإشارة الأخرس غير المبهمـة فهـى تعتـبر وسيلة التعبير الأصلية عن إرادته مادامت مفهمة [٣] . أما غير الأخرس فقـد

---

(١) انظر فى ذلك الفتاوى الهندية ج٣ ص١٥٣ ط ، المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٠هـ والفتاوى الخانية مطبوع على هامش الفتاوى الهندية السابق ج٢ ص١٧٤.

(٢) انظر الأشـباه والنظـائر للسيوطى ص١٠٥، ط سنة ١٩٣٨ ، والأشباه والنظـائر لابـن نجيم ص١٠٣.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٣٣٨ ، والمجموع للنووى ج٩ ص١٧١ .

اختلف الفقهاء فى مدى الاعتداد بإشارته : فذهب بعض الحنفية (١) إلى أن غير الأخرس لا يعتد بإشارته فى إجازة العقد الذى يبرمه الفضولى لأن الإشارة ليست كلاما فلا تحل محله .

وذهب بعضهم الآخر (٢) إلى أن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع الكلام له بها ، وهو الإعلام والإعلان والدليل عليه العرف .

وذهب المالكية (٣) والحنابلة (٤) إلى أن إشارة غير الأخرس المفهمة يعتد بها فى إجازة بيع الفضولى ، وهى كاللفظ تماما واعتبروا أن كل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب أو القبول لزم به البيع وسائر العقود .

أما الشافعية (٥) فقد ذهبوا إلى عدم الاعتداد بالإشارة من القادر على الكلام لأنها لا تفيد ما يقصده العاقد بيقين كلفظه .

وعلى ذلك تكون إشارة الأخرس ، وغير الأخرس المفهمة دالة على إجازة عقد الفضولى – فى الرأي الراجح فى الفقه الإسلامى إذا كانت دالة على التعبير الصريح عن إرادة العاقد .

(جـ) وتكون الإجازة بالكتابة المستبينة : وهى الكتابة التى يكون لها بقاء بعد الفراغ منها ، ويمكن قراءتها بسهولة ويسر (٦). مثل الكتابة على الورق .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥٤ ، ٣٤٤ ، ورد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ج٤ ص١٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص١١٠ ط ١٣٢٨هـ .

(٣) انظر مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٢٢٩ .

(٤) انظر : اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج١ ص٢١٨ ط ١٣٢٥هـ .

(٥) انظر : نهاية المحتاج للرملى ج٣ ص١١ ط ١٢٨٦هـ ومغنى المحتاج للشربينى الخطيب ج٢ ص١٧ ط ١٣٥٢هـ .

(٦) انظر د. محمد المهدى – المرجع السابق ص٢٦٦ حيث يضيف " أن هذا النوع من الكتابة لا يصلح أداه للتعاقد بين حاضرين فى جميع العقود ؟ لأنه يحتمل أن يكون لتجويد الخط ،ويحتمل أن يكون للتعبير عن الإرادة ، ومع هذا الاحتمال فلا بد معه من النية "

وكما تكون إجازة عقد الفضولى بالكتابة المستبينة تكون أيضا بالكتابة المرسومة ، وهى ما كانت على وجه الرسالة كأن يكتب مالك المبيع إلى الفضولى " يافلان : إنى أمضيت أو أجزت البيع " وهكذا (١) .

(د) وثار تساؤل : هل يمكن أن تتم الإجازة بالسكوت ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك اختلافا بينا :

فذهب الحنفية (٢) إلى أن سكوت المالك الحقيقى عن تصرف الغير فى ملكه لا يدل على الإجازة ، لأنه يلحقه ضرر حيث يخرج ماله عن ملكه بدون رضاه ، إلا أن هناك اتجاها فى المذهب (٣) يرى أن السكوت قد يكون دالا على الإجازة : إما لعدم وقوع الضرر بالسكوت وإما بناء على العرف كمن يرى الغير يبيع ارضه أو داره فيتصرف فيه المشترى زمانا وهو ساكت ، فإن دعواه تسقط (٤).

وذهب المالكية (٥) إلى أن الفضولى إذا باع ملك غيره فى حضور المالك وسكت هذا على تصرف الفضولى : فسر سكوته على أنه إجازة للعقد ، وجاز له مطالبة البائع بالثمن خلال عام من وقت إبرام العقد ، فإذا انقضى العام وهو ساكت سقط حقه . أما إذا باع الشخص ملك غيره فى عدم حضرة المالك : منح المالك مهلة مدتها عام من وقت علمه ببيع ملكه ليختار فيها إجازة العقد أو رفضه ، فإذا لم يبد رأيه خلال هذه المدة ، فسر سكوته على أنه إجازة للتصرف ، وكان له حق مطالبة الفضولى بالثمن خلال عشرة أعوام من

---

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : د. محمد وحيد الدين سوار فى رسالته التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى - رسالة دكتوراة من كلية الحقوق - جامعة القاهرة ط١٩٦٠ص٢٠٧.

(٢) انظر حاشية سعد جلبى ج٧ ص٣٣٥ وجاء فيه " كون السكوت إذنا كان لأجل دفع الضرر ، فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذنا " .

(٣) جامع الفصولیین ج٢ ص١٣٩ .

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥٤،١٥٥.

(٥) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ص١٢ ، وتهذيب الفروق لابن الشيخ حسين ج٣ ص٢٤٠.

وقت علمه بالتصرف ، وإلا سقط حقه فى المطالبة بالثمن (١) .

وذهب الشافعية (٢) والحنابلة فى أرجح الأقوال عندهم (٣) أنه " لا ينسب لساكت قول"، فالفضولى إذا باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت كان حكمه حكم مالو باعها بغير علمه ولا يعتبر سكوته إجازة لأن السكوت غير قاطع فى الدلالة على رضاه ، إلا أن ابن القيم يعتبر السكوت إجازة إذا كانت الظروف المحيطة به تدل على أنه رضا (٤) .

وتأسيسا على ماتقدم فإننا نميل إلى رأي الفقهاء القائلين بأن السكوت لا يدل على الرضا ، ولا يصلح وسيلة لإجازة بيع ملك الغير إذ " لا ينسب لساكت قول " لأن سكوت المالك يحتمل الرضا وعدم الرضا ، وبالمحتمل لا يزول الملك ، فلا يجعل ذلك تسليما منه بالبيع (٥) ولكن السكوت قد يكون دليلا على الرضا إذا قامت قرينة أو أحاط بالتصرف من الظروف ما يجعله دليلا على الرضا مثل مالو تسلم مالك الشيئ الثمن من المشترى الذى اشترى من الفضولى فيكون هذا السكوت إجازة لعقد الفضولى (٦) .

وبهذا أخذ القانون المدنى المصرى فى المادة ٨٩ منه (٧) والقانون

---

(١) انظر : البهجة فى شرح التحفة ج٢ ص٦٩ ط ١٣٤٤هـ.

(٢) راجع : المجموع للنووى ج٩ ص٢٥٩ والأشباه والنظائر للسيوطى ص١٥٨.

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ج٤ ص٧٣ .

(٤) أعلام الموقعين ج٨ ص٢١٨.

(٥) المبسوط للسرخسى ج٣٠ ص١٤٠،١٤١ ، وانظر د.عبدالرازق فرج - المرجع السابق ص٢٠٩.

(٦) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٨.

(٧) يتفق القانون المدنى المصرى فى جملته مع الفقه الإسلامى فى وسائل التعبير عن الإجازة ، فتنص المادة ١/١٣٩ من التقنين المدنى المصرى على أنه " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية " .

فالإجازة الصريحة تكون بأية عبارة تفيد بوضوح اتجاه نية المجيز إلى الإجازة وبأي لفظ يدل عليها مثل أجزت البيع ، أو تنازلت عن حقى فى طلب الإبطال ... الخ ، =

المدنى العراقى فى المادة ٨١ التى تنص على أنه " لا ينسب لساكت قول، ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان " كما تنص المادة ١/١٣٦ من هذا التقنين على أن " إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة " وفى هذا يتفق التقنين المدنى مع الفقه الإسلامى كما سنرى فى حينه .

٨٦- من له حق إجازة بيع ملك الغير (الفضولى) ؟ :

الذى يملك إجازة بيع ملك الغير (الفضولى) هو : المالك الذى بيع ملكه بغير إذن شرعى منه ، أو من وليه ، أو مَن وكيله ، وكل هؤلاء يسمون فى الفقه الإسلامى " المجيز " فهو على هذا المعنى : كل شخص يملك مباشرة التصرف الموقوف . فإذا باع شخص ملك غيره (كالفضولى) توقف نفاذ العقد على إجازة ذلك الغير وهو المالك أو وكيله أو وليه ، وإذا أجيز تصرف الفضولى - على هذا النحو - اعتبر وكيلا ونفذ التصرف بأثر رجعى ، أي منذ عقده ، وإذا لم يجزه من له الحق فى الإجازة شرعا بطل عقد الفضولى [١] .

٨٧- البائع لملك غيره ليس له حق الإجازة :

وهذا أمر بديهى لأنه لا يملك إنشاء العقد فليس له حق إجازته ولكن له حق فسخ العقد قبل إجازة المالك له ، فإذا أجاز المالك عقد الفضولى ، فلا يملك الفسخ ، لأن إجازة المالك أو وليه أو وكيله تصير العقد نافذا منذ إبرامه ، ويصبح المشترى مالكا للمبيع بأثر رجعى ، أي منذ صدور البيع [٢] . كما لا

=وقد تكون ضمنية تستفاد من اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته عليها مثل ما لو قام المشترى الذى له حق طلب إبطال العقد بدفع الثمن بعد علمه بالعيب الذى لحق إرادته وحقه فى التمسك به لإبطال العقد . (انظر فيما سبق : د.عبدالرزاق السنهورى - نظرية العقد - ص٦٦٩،٦٧٠ ط ١٩٣٤ ، د. عبدالمنعم الصدة - نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ج٢ ص٨٣ ط١٩٥٨) أما مجرد السكوت فلا يعتبر إجازة فى القانون الوضعى مهما طالت المدة إلا إذا سقط الحق فى هذا الطلب بالتقادم .

(١) د. عبدالرازق حسن فرج - المصدر السابق ص٢١٣.

(٢) د. عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق - الموضع السابق .

يجوز للمشترى إجازة البيع قبل قبض المبيع لعدم المجيز [١] .

٨٨- مدى حق الفضولى فى إجازة بيع ملك الغير :

الفضولى وهو من باع ملك غيره بلا إذن أو ولاية ، ليس له حق إجازة العقد الذى أبرمه ، بل له حق الفسخ ليدفع عن نفسه الحقوق التى قد يطالبه بها المشترى أو المالك [٢] ، ويلاحظ أنه يجوز لمن استمد السلطة على مباشرة العقد ممن كان يملك مباشرته وقت إجرائه كوكيل المالك أن يجيز التصرف الموقوف [٣] لأنه أصبح ذو ولاية فى إبرام التصرف [٤].

٨٩- محل الإجازة :

محل الإجازة هو : التصرف الموقوف ، ومن ثم فهى لا ترد على العقد

---

(١) انظر : فتاوى قاضى خان ج٢ ص١٧٥ المعروفة بالفتاوى الخانية مطبوع على هامش الفتاوى الهندية ط١٣١٠هـ .

(٢) انظر : فتح القدير ج٥ ص٣١٢ ، خلافا للمالكية الذين يرون أن تصرف الفضولى لازم من جهة الفضولى ومن تعاقد معه ، إذا كان راضيا بالعقد - الشرح الكبير للدسوقى ج٣ ص١٢ .

(٣) د. عبدالرازق حسن فرج - المصدر السابق ص٢١٤ ، وانظر فى هذا المعنى تفصيلا جامع الفصوليين ج١ ص٢٣٥ وجاء فيه " باع مال غيره فإجازه وكيل مالكه جاز وتتعلق حقوقه بالمباشر لا الوكيل " .

(٤) وفى فقه القانون الوضعى يختلف الأمر عنه فى الفقه الإسلامى فالذى يملك الإجازة فى فقه القانون - كما سنرى فى حينه - هو المشترى فى بيع ملك الغير باعتباره صاحب الحق فى التمسك بالإبطال ، وليس للمالك ذلك الحق لأنه ليس طرفا فى العقد - وإن كان له الحق فى إقراره - لأن هذا البيع لا ينقل الملكية للمشترى ، فإذا أجاز المالك الحقيقى لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية وتنقضى علة البطلان ، بعكس العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى ، فإن الشخص فيه قد يملك الإجازة والفسخ كالمالك فى بيع ملك الغير ، وقد يملك الفسخ دون الإجازة كالمشترى من الفضولى والفضولى نفسه ، وقد يملك الإجازة دون الفسخ كالمستأجر إذا بيع الشيئ المستأجر - انظر فيما سبق : د.محمود جمال الدين زكى - النظرية العامة للإلتزامات ص٢٦٠،٢٦١ ط١٩٦٤-١٩٦٥م ، د.عبدالمنعم الصدة - المصدر السابق ص٧٩.

النافذ ، ولا ترد على العقد الباطل ، لأن الباطل معدوم ، والإجازة لا تلحق العدم ، ولا تخلق منه وجودا ، ويشترط أن يكون محل الإجازة تصرفا شرعيا قوليا موقوفا [١] . أما التصرف الفعلى فلا تلحقه الإجازة عند أبى حنيفة لأن الإجازة تصرف فى العقد بالإبقاء ، وتلحقه عند محمد كما تلحق التصرف القولى [٢] ، كما يشترط أن يكون محل الإجازة قائما وقت صدورها وإلا بطل العقد لأن الإجازة لها حكم الإنشاء ، وبها تترتب الأحكام ، فلا بد من وجود محل يظهر فيه الحكم[٣] .

وعلى ذلك يكون تصرف الشخص فى ملك غيره بالبيع كبيع الفضولى محلا للإجازة ، لأن البيع ينعقد موقوفا لا ينتج أثره حتى يجاز من المالك أو وليه أو وكيله ... الخ [٤].

٩٠- مدة الإجازة :

لا يوجد فى الفقه الإسلامى نص واضح - حسب علمنا - يقرر أمد الحق فى الإجازة ، أي أنه ليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر من لـــه

---

(١) التصرف : هو كل مايصدر عن الشخص من أقوال أو أفعال ويرتب عليه الشارع أثرا معينا ، وينقسم إلى تصرفات قولية وتصرفات فعلية ، أما التصرفات القوليه فتنقسم إلى تصرفات تمليكية كالبيع والشراء والإجارة ... الخ ، وتصرفات اسقاطية كإبراء المدين من دينه ، والطلاق ، والتنازل عن حق الشفعة ، والعفو عن القصاص ... الخ . (انظر : البدائع ج٧ ص١٧١) .

(٢) انظر : جامع الفصولين ج١ ص٢٧٣ .

(٣) راجع د. عبد الرازق فرج - المصدر السابق ص٢١٧ .

(٤) محل الإجازة فى القانون : هو العقد القابل للإبطال ، فهى لا ترد - كما هو الشأن فى الفقه الإسلامى - على العقد الباطل لأنه معدوم ويعتبر كأن لم يكن ، والعقد القابل للإبطال عقد منتج لآثاره مادام لم يتقرر بطلانه ، فإذا تقرر بطلانه زال بأثر رجعى وكأنه لم يكن ، وإذا لحقته الإجازة ، استقر العقد نهائيا وأصبح كالعقد الصحيح النـــافذ (انظر فيما سبق : د.عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٦٦٨ ، د. عبدالمنعم الصدة - المرجع السابق ص٧٩ ، د. جميل الشرقاوى - نظرية بطلان التصرف القانونى فى القانون المدنى ص٣٥٨ ط ١٩٥٣م .

حق الإجازة مجيزا أو رادا لتصرف الفضولي ، ومن ثم يبقى تصرف الفضولي موقوفا حتى يجاز أو يرد ممن له الحق في ذلك ، وهذا في الواقع يؤدي إلى " جعل التعامل غير مستقر مدة غير محددة " (١) وقد رأينا فيما سبق (٢) أن لكل من الفضولي والمشتري حق الفسخ حتى يتخلصا من هذه الحالة غير المستقرة وليدفعا الحقوق عن نفسيهما ، وهذا ليس حلا لمشكلة عدم تحديد مدة لمباشرة الإجازة ، إلا أن حل مشكلة " مدة الإجازة " جاء في فقه المالكية بوضوح حين قرر أن الفضولي إذا باع ملك الغير بحضرة المالك وسكت هذا ، فسر سكوته على أنه إجازة للعقد ويحق له المطالبة بالثمن خلال عام من العقد ، وإن باع بغير حضرته ، وبلغه فسكت عاما من وقت علمه بالتصرف ، فسر سكوته على أنه إجازة ونفذ التصرف (٣)وهذا في الواقع حل موفق في الفقه الإسلامي (٤).

---

(١) د. عبدالرازق حسن فرج - المصدر السابق ص٢١٩.

(٢) انظر ص ١٢٨ من هذا البحث .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ص١٢ ، وشرح الخرشي ج٥ ص١٧،١٨ ط١٣١٧هـ .

(٤) مدة الإجازة في القانون نصت عليها المادة ١٤٠ من التقنين المدني المصري بقولها :
١- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

٢- ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط والتدليس من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد .

وعلى ذلك إذا انقضت مدة التقادم السابقة في النص لا يجوز بعد ذلك طلب إبطال العقد القابل للإبطال لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع . والتقادم كالإجازة له أثر رجعي فيصبح به العقد صحيحا منذ انعقاده ، على أن يراعى أن القانون قد نص على أن للإجازة ، أثرا رجعيا ويجب ألا يضر بحقوق الغير ، ولم يرد هذا النص في شأن التقادم (انظر في ذلك تفصيلا . د.عبدالمنعم الصدة - السابق ص٨٨،٨٩ ، د. عبدالحي حجازي - النظرية العامة للإلتزام ج١ ص٢٨١-٢٨٢ ط ١٩٥٤ .

٩١- شروط صحة الإجازة :

يجب أن تتوافر فى الإجازة شروط معينة حتى يترتب عليها أثرها من نفاذ العقد وسريانه فى مواجهة من يجيزه وهذه الشروط - بناء على القول بصحة تصرف الفضولى -هى :

(أ) أن تصدر الإجازة ممن له الحق فيها : ففى بيع ملك الغير يجب أن تصدر إجازة هذا البيع من المالك أو وليه أو وكيله ، لأن هؤلاء هم الذين لهم ولاية إنشاء العقد فوجب أن تكون لهم ولاية إجازته ، فإذا أجازه أحدهم نفذ العقد ، وترتبت عليه آثاره منذ انعقاده .

(ب) يجب أن يكون من له الحق فى الإجازة موجودا وقت العقد :
ففى بيع ملك الغير ، يجب أن يكون المجيز لبيع الفضولى موجودا [١] ومن ثم لا تصح إجازة وارث المالك بعد موته لبطلان التصرف بموت المورث [٢] كما يجب أن يكون المجيز موجودا حين الإجازة ، فلو مات قبل أن يجيز العقد ، بطل العقد ، ولا يقوم الوارث مقامه فى الإجازة ، لأنها حق المجيز وحده ، وهذا الحق لا يورث عند الحنفية [٣] فى الأصل ، ولكنهم استثنوا من هذا الأصل : التركة إذا كانت بين كبار يملكون إجازة قسمتها ، فاقتسموها بلا تراض وبلا أمر القاضى وبعضهم غائب فإن قسمة التركة تتوقف على إجازة الغائب ، فإن مات قبل الإجازة فأجازه ورثته جازت عند الإمام أبى حنيفة وأبو يوسف استحسانا ، إذ أنه لا فائدة من نقض القسمة [٤] بينما يرى محمد أن القسمة لا تجوز بإجازة ورثة المورث [٥].

---

(١) الفوائد السمية فى شرح الفرائد السنية للكواكبى ج٢ ص٤٦-٤٧ ط١٣٢٤هـ .

(٢) انظر البدائع للكاسانى ج٥ ص١٥١ ط١٣٢٨هـ .

(٣) جامع الفصولين ج١ ص٣١٤ ، ورد المحتار على الدر المختار ج٤ص١٩٣.

(٤) انظر فتح القدير ج٥ ص٣١٣ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص٧٣ ط١٣١٩هـ .

(٥) شرح فتح القدير ج٥ ص٣١٥ .

أما الشافعية [١]، والمالكية [٢] والحنابلة [٣] فيرون أن للوارث إجازة التصرف الصادر من الفضولى على المال الذى انتقل إليه من مورثه .

وهذا الرأي هو الأولى بالقبول لأن الورثة هم خلف خاص للمورث يملكون ما كان يملكه بشأن المال الذى آل إليهم بالميراث .

(جـ) أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولى وحال حياة المتعاقد معه وخاصة فى عقود المعاوضات : لأن الفضولى يعتبر فيها وكيلا بالإجازة ، وحقوق العقد ترجع إليه فى عقود المعاوضات ، فإذا باع الفضولى مال غيره ، ثم أجاز المالك هذا البيع ، انقلب الفضولى إلى وكيل لمن له حق الإجازة ، ويلزم الفضولى أن يسلم المبيع إلى المشترى فإذا مات أحد العاقدين قبل إجازة العقد ممن له الحق فيها شرعا بطل العقد ، ولا يصح بعد ذلك أن يجيزه المالك لعدم وجود من تلزمه حقوق العقد [٤] ، ولأن الإجازة تصرف فى العقد بالإبقاء ، فيلزم وجود طرفيه عند الإجازة [٥].

(د) أن تصدر الإجازة حال بقاء محل العقد (المعقود عليه) الموقوف :
وذلك لكى يظهر أثر الإجازة فى المحل ، لأن الإجازة تصير العقد نافذا ومعنى نفاذه : ظهور آثاره فى المحل ، والآثار لا تظهر فى معدوم ، فلو أجيز العقد بعد هلاك محله أو تلفه [٦]، ، فإن الإجازة لا تصح ، ففى بيع ملك الغير يشترط وجود المبيع وقت الإجازة ، لأن الملك لا ينتقل من البائع

---

(١) مغنى المحتاج ج٢ ص٤٥ ، والمجموع للنووى ج٩ ص٢٠٦.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص١١ ، والفروق للقرافى ج٣ ص٢٧٥-٢٧٦، ومدونة الإمام مالك ج٤ ص٣٨ ط ١٣٢٣هـ .

(٣) المغنى لابن قدامة ج٣ ص٥٧٩ ط ١٣٦٧هـ .

(٤) انظر : الهداية للميرغنانى ج٣ ص٦١ ط ١٣٨٤هـ ، وتبيين الحقائق للزيلعى ج٤ ص١٠٤،١٠٥.

(٥) فتح القدير ج٥ ص٣١١-٣١٢ ، البدائع للكاسانى ج٥ص١٥١ ط١٣٢٨هـ ،وانظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور.عبدالرزاق السنهورى - ج٤ص٢٧٩.

(٦) الفتاوى الخانية لقاضى خان ج٢ص١٤٤ ط١٣١٠هـ ، ورد المحتار على الدر المختار ج٤ص١٨٦.

إلى المشترى إلا بعد الإجـــازة من المالك ، وفى هـذه الحالــة ينتقــل الملك إلى المشترى بأثر رجعى يستند إلى وقت إبرام العقد ، وهذا لا يتـم إذا لـم يكـن محل العقد موجودا وقت الإجـازة [١] ، وإذا لـم تعلـم حالـة المعيـع مـن حيث وجوده وعدمه صحت الإجازة عند محمـد رحمـه اللـه لأن الأصل بقـاؤه وهـو قول أبو يوسف الأول ، ثم رجـع أبـو يوسـف [٢] ، وقـال لا يصـح حتـى يعلـم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع فى شرط الإجازة فلا تثبت مع الشك [٣] .

هذه هى شروط الإجازة بوجه عام فــى الفقـه الإسـلامى وهـى لا تختلـف كثيرا عن شروط الإجازة فى القانون الوضعى [٤] ، وإن ظـل للفقـه الإسـلامى فى شروط الإجازة فضل دقة أحكامه وحسن صياغته كما سـنبين ذلـك تفصيـلا فى الفصل الثـالث مـن هـذا البـاب بـإذن اللـه تعـالى عنـد الموازنـة بيـن أحكـام الفقهيين فى أحكام الإجازة .

---

(١) انظر : الهداية ج٥ ص٣١١ ، وجامع الفصولبين ج١ ص٢٣٠ والمجموع للنـووى ج٩ ، ص٢٨٣.

(٢) فتح القدير ج٥ – الموضع السابق .

(٣) د. عبدالرازق حسن فرج – المصدر السابق ص٢٢٥-٢٢٦.

(٤) وتجدر الإشارة إلى أن شروط الإجازة فى القانون الوضعى هى :

(أ) أن تتوافر للمجيز وقت الإجازة الأهلية اللازمة لإبرام العقد الذى يجيزه .

(ب) أن تكون إرادة المجيز خالية من أي عيب مـن عيوب الإرادة وقت الإجـازة ، فمـن كان عقده قابلا للإبطال بسبب غلط وقع فيه لا تصح إجازته إلا إذا ارتفع الغلط .

(جـ) أن تتجه إرادة المجيز إلى التنازل عن حقه فى طلب الإبطال .

(د) أن يكون عالما وقت الإجازة بالعيب الذى لحق العقد المراد إجازته . (انظر فـى ذلـك تفصيـلا :د.عبدالـرزاق السنهورى – نظريـة العقـد ص٦٦٨،٦٦٩ ، د.لبيـب شـنب – المرجع السابق ص٢١٢ ، د. عبدالمنعم الصدة – المصدر السـابق ج٢ ص٨١،٨٢ ، د. جميل الشرقاوى – المرجع السابق ص٣٨٧ ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٥٣/١١/٢٦ – مجموعة أحكام النقض المدنى طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ق) وانظر د. عبدالرازق فرج – المرجع السابق ص٢٢٨ .

٩٢- أثر الإجازة :

سبق أن بينا أن الإجازة تصرف أحادى (انفرادى) لا تحتاج إلى قبول، ولا يمكن الرجوع فيها أو تعليقها على شرط [١].

ولكن فقهاء المسلمين اختلفوا فى الأثر الشرعى لها ، هل هى منشئة أم كاشفة ؟

ويرجع أساس الخلاف إلى المبدأ الفقهى العام الذى يقرر أن " الإجازة فى الانتهاء بمنزلة الإذن فى الابتداء " وأن " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " [٢].

وقد نصت على هذا المبدأ صراحة المادة ٨٠٤ من مرشد الحيران بقولها " الإجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة ، فإذا باع فضولى مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كما قد وكل الفضولى " .

وتطبيق هذه القاعدة على إطلاقها يوجب القول بأن الإجازة تصرف كاشف .

فالتصرف الموقوف يأخذ حكم التصرف النافذ منذ إنشائه ولكن القول بذلك غير مسلم به لاصطدامه فى بعض الأحيان مع بعض التصرفات التى لا يمكن أن تنتج أثرها إلا فى الحال ، ولذلك تكون الإجازة والحالة هذه تصرفا منشئا لا كاشفا .

وتفصيل ذلك : أن فقهاء الحنفية [٣] والشيعة الزيدية [٤] ، والشيعة الإمامية [٥] قرروا أن هناك تصرفات يستند أثرها إلى وقت العقد الذى أجيز ،

---

(١) انظر غمز عيون البصائر – شرح على الأشباه والنظائر لابن نجيم للعلامة الحموى ج٢ ص٢٨٥ط١٣١٤هـ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسى ج١٣ ص١٥٣ .

(٣) انظر البدائع للكاسانى ج٥ ص٢٦٤.

(٤) المتنزع المختار فى فقه الشيعة الزيدية ج٣ ص٤٦ وجاء فيه " والمبيع يملك بالإجازة منعطفا من يوم العقد لأن الإجازة كالكاشفة عن الملك لأنها كالخيار" .

(٥) انظر فى فقه الشيعة الإمامية مفتاح الكرامة للعاملى ج٤ ص١٩٠

وتصرفات يقتصر أثرها على وقت صدور الإجازة ، وبذلك تكون الإجازة ، منشئة أحيانا وكاشفة (مظهرة) أحيانا أخرى ، وفى هذه الحالة الأخيرة يترتب عليها نفاذ العقد وإنتاجه لآثاره بأثر رجعى ، أي منذ إنشاء العقد لا من وقت الإجازة .

ففى بيع ملك الغير – وهو محل البحث – الذى أجيز من المالك يكون العقد نافذا ومستندا حكمه إلى وقت إنشاء العقد لا إلى وقت الإجازة ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

ويترتب على ذلك :

(أ) أن المالك الحقيقى يتملك الثمن بما لحقه من تغيير منذ إبرام العقد – كما لو كان عينا فنمت نماءا متصلا . والمشترى يكون مالكا للشيئ المبيع بما لحقه من تغيير أيضا منذ العقد ، وعلة ذلك أن هذا التصرف لا يصح تعليقه بالشرط فكأنه تحقق كاملا منذ إبرام العقد (١).

وهذا كله بخلاف طلاق الفضولى وعتقه لا ينفذ تصرفه بشأنهما إلا بأثر حال من وقت الإجازة ، وذلك لأن مثل هذه التصرفات يصح تعليقها بالشرط ، فكأنها معلقة على شرط تحقق الإجازة (٢)، ويبدأ إنتاج أثر هذا التصرف من وقت الإجازة لا من وقت العقد .

(ب) كل زيادة تحدث فى محل التصرف الموقوف كالكسب والولد والنماء المتصل والمنفصل " يملكه من يثبت له ملك الأصل بالإجازة ، ولو كان النماء والزيادة حصلا قبل الإجازة ، ومثل النماء والزيادة ما يؤخذ عوضا عن ضرر أصاب محل التصرف الموقوف قبل الإجازة (٣).

ففى بيع ملك الغير إذا أجاز المالك البيع فإن ملكية المشترى للمبيع تثبت من وقت الشراء ، ويثبت له كل زيادة ونماء متصل أو منفصل حدث للمبيع منذ

---

(١) انظر فى ذلك : البحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٦٥ ، والفتاوى الهندية ج٣ ص١١٢ وأحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص٢٠٩ ط١٩٤٧م .

(٢) راجع فى ذلك : جامع الفصولين ج١ ص٢٢٩ وشرح الخرشى ج٤ص١٢.

(٣) استاذنا الدكتور . عبدالرازق حسن فرج – المصدر السابق ص٢٣٣ .

إبرام العقد [١].

(د) إذا هلك الثمن فى يد الفضولى قبل الإجازة ، ثم أجيز العقد لم يضمنه إذا كان الهلاك دون تعد أو تفريط لأن يده يد أمانه كيد الوكيل تماما [٢] .

هذه هى آثار إجازة بيع ملك الغير كما يراها الحنفية [٣] والمالكية [٤]، والشافعية فى المذهب القديم [٥] ، وهى كما ترى لها أثر كاشف ، أي تنتج أثرها من وقت إنشاء العقد ، وهناك بعض التصرفات عند هؤلاء الفقهاء – لا تنتج أثرها إلا من وقت الإجازة كطلاق الفضولى وعتقه ، أي أن الإجازة قد يكون لها أثر منشئ وقد يكون لها أثر كاشف وفقا لطبيعة العقد المجاز من حيث قبوله للتعليق من عدمه على النحو السابق تفصيله .

أما الحنابلة [٦] والشيعة الإمامية [٧] فقد نقل عنهم رأيان :

الأول : يرى بأن الإجازة منشئة للحق ، ففى بيع ملك الغير لا تنتج الإجازة أثرها إلا من وقت صدورها ، ومن ثم لا يملك المشترى المبيع إلا من وقت صدور الإجازة وذلك لأن " رضاء المالك إما أن يكون شرطا فى تحقق الانتقال،أو أحد جزئى اىعلة والسبب المؤثر فى نفاذ العقد ، وعلى كلا التقديرين

---

(١) الفتاوى الهندية ج٣ ص١٢٢ وجاء فيه " وكل ما يحدث فى البيع الموقوف من كسب وولد وأرش قبل الإجازة فللمشترى " .

(٢) فتح القدير ج٥ ص٣٦٢ ، وجامع الفصوليين ج١ ص٢٣١.

(٣) جامع الفصوليين – الموضع السابق ، وفتح القدير – الموضع السابق ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٦٠.

(٤) انظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج٣ ص١٢ وجاء فيه " ووقف ملك غيره على رضا مالكه .. ويطالب الفضولى بالثمن لأنه بإجازة بيعه صار وكيلا " ، وانظر شرح الخرشى ج٤ ص١٢.

(٥) المجموع للنووى ج٩ ص٢٨٠.

(٦) المغنى لابن قدامه ج٤ ص١٦ ومابعدها .

(٧) انظر مفتاح الكرامة للعاملى ج٢ ص١٠٠ .

لابد من تأخر الانتقال عنها ، ضرورة أن المشروط متأخر عن شـرطه ، وكـذا المعلول متأخر عن جزء علته ، وحينئذ فلا يحصل الملك قبل الإجازة " (١).

الثانى : وهو الراجح لدى الحنابلة والشيعة الإماميـة أن الإجازة كاشـفة للأحكام المترتبة على العقد منذ إنشائه ، وعلى ذلك يتملك المشترى المبيـع مـن وقت العقد لا من وقت الإجازة ، لأن الإجازة تكشف عن رضاء المالك ، وهـذا الرضا مقارن للعقد ، فيكون العقد التـام هـو سبب الملـك ، ولكونـه تاما وجب ترتب الأثر من حينه (٢).

٩٢- مكرر: الرأي الراجح :

إذا كان لكل من الآراء الفقهية السابقة وجهتها الوجيهـة ، فإننـا نـرى أن الرأي الأولى بالقبول هو ماذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من أن إجاز بيع ملـك الغير (الفضولى) يكون لها أثر كاشف ، أي أنها تنتج أثرهـا مـن وقـت إنشـاء العقد ، وتكون زوائد الشيئ المبيع وغلاته كالأجرة مملوكة للمشترى فـى عقـد البيع منذ انعقاده لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السـابقة ، أمـا إذا كـان التصـرف الذى أجازه صاحب الشأن مما يصح تعليقه بالشرط – وهو ليس محل بحثنـا – كالكفالـة والحوالـة والطـلاق ، فإنـه لا ينفـذ إلا مـن وقـت الإجـازة ، لأن هـذه التصرفات معلقة فى المعنى على الإجازة .

كما يترتب على الإجازة ممن يملكها شرعا جعل الفضولـى وكيـلا يلـتزم بحقوق التصرف (٣) على نحو ما سبق تفصيله (٤) .

---

(١) د. عبدالمجيد مطلوب – المصدر السابق ص١٣٣ .

(٢) انظر : مفتاح الكرامة للعاملى ج٤ ص١٨٢ .

(٣) أنظر فى ذلك : وهبة الزحيلى – المرجع السابق ص١٧١.

(٤) وجدير بالذكر أن أثر الإجازة فى فقه القـانون الوضعـى يظهـر فـى اعتبـار العقـد القـابل للابطال – التى وردت عليه الإجازة – صحيحا من وقت صدوره لامـن وقـت الإجـازة ، أي أنها كاشفة ، وليست منشـئة لأن أثرهـا يسـتند إلـى تـاريخ العقـد ، وبهـا يصبـح العقـد صحيحا بصفة نهائية من وقت انعقاده ، وفى ذلك تقـول المـادة ٢/١٣٩ مدنـي مصـرى " وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير" وهكذا يبين النص أن الأثر الرجعى للإجازة لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين دون إخلال بحقوق الغير=

هذه هى آثار الإجازة ، فما الحكم لو لم يجيز المالك الحقيقى تصرف الفضولى حين يبيع ملك غيره ؟ وهو ما يعرف بـ " رفض الإجازة " هذا ما سنتحدث عنه فى المطلب التالى :

=الذى كسب حقا عينيا على الشيئ الذى ورد عليه التعاقد (انظر فيما سبق تفصيلا : د.عبدالرزاق السنهورى - الوسيط ج١ ص٥١٨ ط١٩٥٢م ، د.عبدالمنعم الصدة - المصدر السابق ص٢٤ ، د.عبدالمنعم البدراوى - أثر مضى المدة فى الالتزام - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة عام ١٩٥٠م ص١٣٦ ، د.احمد سلامة - مصادر الالتزام ص١٤٦ ط ١٩٧٨م .

المطلب الثالث

رفض الإجازة وأثر ذلك فى بيع ملك الغير

٩٣- تمهيد :

بينا فى المطلب السابق أن بيع ملك الغير لا ينتج أثره إلا بالإجازة من صاحب الحق فيها، فإن أجازه صح ونفذ مستندا إلى وقت نشوء التصرف – على الرأي الراجح فى الفقه الإسلامى وإن رفضه بطل ، فما معنى رفض إجازة التصرف ، وأثر ذلك على بيع ملك الغير ؟ وممن يكون له هذا الحق وبم يكون ؟

٩٤- معنى رفض إجازة بيع ملك الغير :

رفض الإجازة يعنى : رد التصرف الموقوف ممن له الحق شرعا فى ذلك مما يترتب عليه منع هذا التصرف من إنتاج آثاره .

ففى بيع ملك الغير : إذا لم يجز المالك البيع وأعلن رفضه لتصرف الفضولى ، فإن البيع يبطل ، ولا يستطيع المالك إجازته بعد رده " لأن الرد يتضمن إسقاط حق صاحب الشأن فى الإجازة وانهاءه وزواله ، والساقط متلاش لا يعود ويصبح التصرف فى هذه الحالة فى حكم التصرف المفسوخ أو الباطل ترد على كل منهما الإجازة "(١).

٩٥- من يكون له حق رفض (رد) بيع ملك الغير ؟ :

الذى يحق له رفض إجازة بيع ملك الغير هو نفسه الذى يحق له إجازته، فالمالك هنا هو صاحب الشأن ، وله أن يجيز تصرف الفضولى إذا رأي فى ذلك مصلحة له ، وله حق رفض تصرفه إذا ارتأي أن فى التصرف ضرر به، وبهذا الرفض يدفع عن نفسه ماعساه أن يلحق به من ضرر ، وحتى لا يخرج من ملكه مالا يرضى بخروجه .

---

(١) د. عبدالرازق حسن فرج – المصدر السابق ص٢٣٨.

٩٦- وسائل رفض بيع ملك الغير :

يتحقق الرفض بما تتحقق بـه الإجـازة (١) ، أي بـأي طريـق مـن طـرق التعبير عن الإرادة بما يدل على عدم رضا المالك بتصـرف الغير فـى ملكـه ، وقد سبق بيان ذلك فى حينه (٢).

فإذا أعلن من له حق الرفض عـدم رضائـه عـن تصـرف الفضولـى زال العقد بأثر رجعى واعتبر كأن لم يكن ويعتـبر الرفـض ردا للتصـرف الموقـوف يترتب عليه بطلانه . ولا ينتج أي أثر ، ويكون للبطلان أثر رجعى ، أي يعتبر العقد كأن لم يكن (٣).

---

(١) انظر : الدر المختار ج٤ ص١٤٨ ، وشرح الخرشى ج٥ ص٢٩٢ ، والمجموع شرح المهـذب للنـووى ج٩ ص٢٥٩ والمغنـى ج٤ ص٢٠٥،٢٠٦ ط١٣٤٧هـ ، والمنـتزع المختار ج٣ ص٤٢ ، ومفتاح الكرامة ج٤ ص١٨٤ ، وانظر د. محمـد المهدى ابراهيم - المرجع السابق ص٣١٤.

(٢) انظر : بند ٨٥ ص ١٢٣-١٢٦من هذا البحث .

(٣) وبهذا أخذ القانون المدنى حيث يترتب على رفض إجازة العقد الباطل بطلانـه ويصبـح العقد الموقوف كالعقد الباطل تماما من حيث أن كلا منهما لا ينتـج أثره سواء فيمـا بيـن المتعاقدين أو بالنسبة للغير ويكون للبطلان أثر رجعى ، ويعاد الطرفان إلـى الحالـة التـى كانا عليها قبـل التعـاقد ، وعنـد استحالة ذلك يحكـم القـاضى بـالتعويض العـادل للطـرف المضرور وفقا للمادة ١/١٤٢ مدنى مصرى .

المبحث الثانى

آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين

٩٧- الأصل أن بيع ملك الغير صحيح فيما بين طرفيه :

الأصل أن البيع الصادر من الفضولى ينعقد صحيحا بين طرفيه [١] ، ولكنه موقوف ، فلا ينتج أي أثر إلى أن يجاز ممن يملك حق الإجازة شرعا كالمالك أو الولى أو الوصى ، ومن ثم لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى إلا بالإجازة ، ولا ينتقل ملك الثمن من المشترى إلى البائع حتى يجاز العقد من صاحب الحق فيها [٢] . وحينئذ تترتب كل آثار العقد الصحيح [٣].

٩٨- النتائج المترتبة على صحة بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين :

يترتب على القول بأن بيع ملك الغير صحيح فيما بين طرفيه ولكنه موقوف على إجازة صاحب الشأن النتائج الآتية :

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى – مصادر الحق فى الفقه الإسلامى –ج٤ ص١٨٤ وانظر ص ١١٩ من هذا البحث ، وهو عكس مايراه الشافعية فى الجديد – ومن وافقهم – من أن بيع ملك الغير باطل ولا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين أو الغير ، وقد بسطنا الأدلة المتعلقة بذلك فى حينه (انظر ص ٢٢ –٣٠من هذا البحث).

(٢) جاء فى البدائع ج٥ ص١٤٨ ط١٣٢٨هـ أنه " لا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك ... " ، وانظر : الهداية ج٥ ص٣٠٩-٣١١ ، وبداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص١٤١ ،١٤٢ ط١٩٥٢هـ ، والمغنى لابن قدامه – السابق ج٤ ص٢٠٥،٢٠٦.

والمجموع ج٩ ص٢٥٩ ، والمنتزع المختار فى فقه الزيدية ج٣ ص٤١ ، ومفتاح الكرامة للعاملى ج٤ ص١٨٤ ، وشرح النيل وشفاء العليل فى فقه الشيعة الأباضية ج٤ ص١٣٦ ط١٣٤٣هـ .

(٣) وجدير بالذكر أن فقه القانون الوضعى يتفق مع الفقه الإسلامى فى هذا الصدد : فالعقد غير السارى أو غير النافذ يعتبر صحيحا منتجا لآثاره فيما بين عاقديه ، فبيع ملك الغير منتج لآثاره – فيما بين طرفيه قبل أن يقره المالك ولكنه لا يسرى فى مواجهة المالك قبل إقراره له .

أولا : إذا لم يجز المالك البيع ، فإن بيع ملك الغير لا يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشترى ، ولا ينتقل ملك الثمن من المشترى إلى البائع ، ويتوقف العقد بالنسبة لكل من البائع الفضولى والمشترى وبالنسبة إلى المالك (١) كما سبق القول .

ثانيا : إذا سلم الفضولى المبيع إلى المشترى قبل الإجازة فهلك قبل الإجازة ، فإن الإجازة لا تجوز ، وللمالك تضمين الفضولى أو المشترى أيهما شاء ، وأيهما اختار تضمينه ملكه وبرئ الآخر من الضمان ، لأن فى التضمين تمليكا منه (٢) ، فإن اختار تضمين المشترى بطل البيع ، لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن المسمى ، وأخذ القيمة كأخذ العين ، ويجوز للمشترى أن يرجع على الفضولى بالثمن الذى دفعه له لا بما ضمن (٣) .

٩٩- إختيار المالك تضمين البائع :

وهنا يفرق بين حالتين :

الحالة الأولى :

إذا كان الفضولى قد قبض المبيع من مالكه مضمونا عليه فيكون قد ملكه بالضمان مستندا إلى وقت القبض ، أي إلى وقت سابق على صدور البيع إلى المشترى ، فيكون البيع قد صدر من مالك فينفذ .

الحالة الثانية :

إذا كان الفضولى قد قبض المبيع من مالكه أمانة فى يده ، فيكون وقت أن باعه للمشترى غير مالك ، وإنما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشترى بعد صدور البيع ، فلا ينعقد بيعه لتأخر سبب ملكه عن عقد البيع ، ويرجع المشترى على الفضولى بالقيمة (٤) لأن المشترى تسلم المبيع فهلك

---

(١) د. عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق ص١٧٧.

(٢) انظر فى ذلك : فتح القدير ج٥ ص٣٣١ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٦٢ ، د.محمد زكى عبدالبر فى رسالته - نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة عام ١٩٥٠م ص٧٣.

(٣) د. عبدالرزاق السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج٤ ص١٨٦.

(٤) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص١٨٧.

عنده ويده يد ضمان (١) .

ثالثا: إذا هلك الثمن :

نظر ، فإما أن يكون الثمن عرضا أو نقدا ، فإن كان عرضا وكان هلاكه قد حصل قبل الإجازة فى يد بائع ملك غيره : بطل العقد ولا تلحقه الإجازة ، ويضمن للمشترى مثل عرضه إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا .

وإن كان الثمن نقدا فإنه قبل الإجازة يبقى على ملك المشترى ، فإن هلك فى يد الفضولى فقد قيل : أن الأصح أنه يضمنه ، إذا كان المشترى لم يعلم وقت الأداء أنه فضولى وقيل أنه أمانة مطلقا ، أي سواء كان الهلاك قبل الإجازة أم بعدها ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، أي أن الفضولى يصير كالوكيل بالإجازة اللاحقة ، ومن ثم تكون يده يد أمانة قبل الهلاك من حين قبضه ، فإذا هلك وقعت تبعة الهلاك على المجيز (٢) وحده (٣) .

---

(١) انظر : جامع الفصوليين ج١ص٢٣٢ ، وفتح القدير ج٥ص٣٣١ ، البحر الرائق لابن نجيم ج٦ص١٦٢.

(٢) انظر : البدائع للكاسانى ج٥ ص١٥١ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٦٠ ، وجامع الفصوليين ج١ ص٢٣٢ وجاء فيه " وهلك الثمن فى يد الفضولى ولم يجز المالك بيعه ، فإن علم المشترى وقت آداء الثمن أنه فضولى فإنه يهلك أمانة وإلا فيضمن " . وانظر : د.عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق ص١٨٦.

(٣) وجدير بالذكر أن هلاك محل العقد فى بيع ملك الغير فى الفقه القانونى يؤدى إلى انفساخ البيع واسترداد المشترى للثمن فى حالة هلاك المبيع فى يد البائع قبل التسليم للمشترى ، وكان الهلاك بسبب لا يد للبائع فيه ، أما إذا كان الهلاك قد حصل بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشترى (م٤٣٧مدنى مصرى) فتبعة الهلاك دائما تكون على البائع إلى وقت التسليم باعتباره مدينا فى الالتزام الذى هلك محله تطبيقا للمادة ١٥٩ مدنى مصرى ، ويستوى فى ذلك أن يكون المبيع قيميا أو مثليا ، مبيعا بالجزاف أو بالوزن أو بالعدد أو بالمقاس . (انظر فى ذلك : د.عبدالرازق المرجع السابق ص١٨٨) .

١٠٠-بيع ملك الغير قبل الإجازة قابل للفسخ من المتعاقدين:

بيع ملك الغير - وفقا للرأي القائل بأنه عقد موقوف - هو بيع قابل للفسخ من جهة المشترى ومن جهة البائع (الفضولى) قبل الإجازة ، حتى لو أن المالك أجازه بعد الفسخ من أحد الطرفين لا تنفذ الإجازة لزوال العقد الموقوف بالفسخ .

وإذا كان للفضولى حق فسخ العقد قبل الإجازة ليدفع الحقوق عن نفسه ، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل ، فترجع حقوق العقد إليه [١] ، فيطالب بالتسليم ، ويخاصم بالعيب وفى ذلك ضرر به ، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته . كما أن للمشترى فسخ البيع قبل الإجازة تحرزا عن لزوم العقد فى حقه [٢].

كما أن للمالك حق فسخ عقد بيع ملك الغير مثل حقه فى إجازته ، فحق الإجازة وحق الفسخ منحا له حماية له وحتى لا يخرج من ملكه شيئا دون رضاه [٣].

ويختلف الأمر فى المذهب المالكى ، إذ أن بيع ملك الغير فيه لازم من جهة الفضولى ومن جهة المشترى ، و" منحل " من جهة المالك [٤]. وكونه منحلا من جهة المالك لأن البيع لم يكن بحضرته ، أما إذا كان بحضرته فإنه يكون لازما من جهته أيضا كلزومه فى حق المشترى والفضولى ، كما يكون

---

(١) يقصد بحقوق العقد : ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق والتزامات تجاه كل منهما للآخر كإلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى ، وإلزام المشترى بدفع الثمن للبائع .

أما حكم العقد : فيقصد به الأثر الذى يترتب علي العقد فور انعقاده ، فيكون هو الغاية التى يقصدها المتعاقدان من وراء تعاقدهما ، ففي عقد البيع يكون حكم العقد هو ملك العين للمشترى ، وملك الثمن للبائع . (انظر فيما سبق تفصيلا : تبيين الحقائق للزيلعى ج٤ ص٢٥٥،٢٥٦ ، درر الأحكام فى شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ج٢ ص٢٨٣ ط ١٣٠٤هـ ، ، والفوائد السمية فى شرح الفرائد السنية للكواكبى ج٢ص١٤٠ ط١٤٢٣هـ .

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص١٨٨.

(٣) أنظر : البحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٦١.

(٤) الشرح الكبير للدرديرى ج٣ص١٢ ، ومدونة الإمام مالك رواية سحنون ج٤ ص٣٨،٥٦ ط١٣٢٣هـ .

بيع ملك الغير لازما فى حق المالك إذا تم البيع فى عدم حضرته وبلغه أن ماله قد بيع بدون إذنه وسكت عاما من وقت علمه لزمه وليس له حق فسخه " ولا يعذر بجهل فى سكوته إذ ادعاه " (١) .

وترتيبا على ماتقدم فإننا نرى أن الرأي الأولى بالقبول هو الرأي الأول القائل بتقرير حق الفسخ لكل من المالك والمشترى والفضولى لأن فيه " تحقيقا لنوع من الحماية قصد بها عدم لزوم العقد فى حق المشترى ودفع العهدة والحقوق قبل لزومها عن الفضولى ، وعدم خروج شيئ من ملك المالك الحقيقى دون رضاه ... " (٢).

وهذا يتفق مع مبدأ الرضائية الذى يظلل جميع العقود بصفة عامة (٣).

١٠١-آثار تملك البائع للمبيع بعد صدور البيع (طروء الملك البات) :

يرى الحنفية أن الفضولى إذا صارمالكا للمبيع بعد صدور البيع منه فإن

---

(١) الشرح الكبير للدرديرى - الموضع السابق .

(٢) د. عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق ص١٣٢.

(٣) وفى فقه القانون الوضعى : يعتبر بيع ملك الغير المنصوص عليه فى المادة ٤٦٦ ومابعدها من التقنين المدنى المصرى عقدا صحيحا منتجا لكل آثاره فيما بين المتعاقدين إلى أن يحكم ببطلانه ، أو أن ترد عليه الإجازة فتقوى عوامل الصحة فيه ، فبيع ملك الغير بيع منتج لجميع الآثار عدا تلك الآثار التى يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع ، ومن ثم يترتب عليه التزام البائع لملك الغير بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، والتزامه بتسليم المبيع ... الخ . والتزام المشترى بدفع الثمن ونفقات العقد ... الخ ويترتب على التزام بائع ملك الغير بالضمان ، أنه لايجوز له أن يتعرض للمشترى فى انتفاعه بالعين المبيعة مثلا ، وإذا لم يقم أحد المتعاقدين فى عقد بيع ملك الغير بتنفيذ التزامه : جاز للآخر فسخ العقد وفقا للمبادئ العامة فى القانون ووفقا لحكم المادة ١٥٧ مدنى مصري وهى تقضى بأنه فى العقود الملزمة للجانبين يجوز لأحد المتعاقدين فسخ العقد إذا كان مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه فى الوقت الذى لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه . (انظر فى ذلك تفصيلا د.حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ص٣٤٢ ط١٩٥٤م ، د.اسماعيل غانم - مصادر الالتزام ص٣٣٤ وما بعدها ط١٩٦٨م) .

بيعه يبطل ، وله بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشترى بعقد جديد مبتدأ لا بإجازة العقد الأول (١) ، ولكن البيع يكون جائز إذا تقدم سبب ملك الفضولى على بيعه (٢) .

فالملك الموقوف لا يقوى على معارضة الملك البات ، فتكون النتيجة الطبيعية هى بطلان الملك الموقوف لحدوث الملك البات (٣) . أما المالكية (٤) فإنهم يفرقون بين ما إذا كان ملك الفضولى للمبيع قد حدث بالميراث وبين ما إذا ملك المبيع بسبب آخر ، **ففى الحالة الأولى** : ينتقل ماكان لمورث الفضولى له ، فيصح هنا أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك بالميراث ، .

وفى الحالة الثانية : حالة تملك المبيع بسبب غير الميراث كالبيع والهبة- يصح البيع الصادر من الفضولى ولا يجوز له نقضه ، وبذلك " يكون المذهب المالكى على خلاف المذهب الحنفى فيما إذا صار الفضولى مالكا للمبيع بسبب غير الميراث بعد صدور البيع منه ، ففى المذهب الحنفى يبطل البيع ، ويصح البيع فى مذهب مالك " (٥).

ويرى بعض الفقه المعاصر (٦) أن الأخذ بالمذهب الحنفى يؤدى إلى

---

(١) أنظر : د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص١٨٨.

(٢) انظر : الفتاوى الهندية ج٣ ص١١١ وجاء فيه " ومن باع ملك غيره ثم اشتراه وسلم إلى المشترى لم يجز ويكون باطلا لا فاسدا ، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه، حتى إن الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز ، ولو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك ، كذا فى الفصول العمادية " .

وانظر فى هذا المعنى : فتح القدير ج٥ ص٣٤١ ، ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر ج٢ ص٧٣ ، والمبسوط للسرخسى ج٣ ص١٥٣ ، ورد المحتار لابن عابدين ج٤ ص١٤٩ .

(٣) د. عبدالرازق حسن فرج - المصدر السابق ص١٨٩.

(٤) انظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص١١.

(٥) د. عبدالرزاق السنهورى - السابق - الموضع السابق .

(٦) د. عبدالرازق فرج - المصدر السابق ص١٩٠.

تضييق دائرة التعامل ، وكان من الأفضل أن يقال أن طروء الملك البات لا يبطل بيع ملك الغير على إطلاقه ، وإجازة البيع الصادر من الغير تستند إلى وقت صدور البيع ، فيكون ملك المشترى باتا من هذا الوقت فلا يبطل الملك الموقوف .

ورغم تقديرنا لهذا الرأي ، إلا أننا نرى أنه محل نظر ، والأولى هو ماذهب إليه الحنفية لأن طروء الملك البات إنما حدث قبل الإجازة ، وبيع ملك الغير ، عقد باطل عند كثير من الفقهاء ، فطروء الملك لا يصحح عقدا معدوما أو باطلا بطلانا مطلقا ، كما أن ملك الفضولى قد أصبح باتا ، فطرأ على ملك المشترى منه وهو ملك موقوف (وفقا للرأى القائل بصحة بيع ملك الغير وتوقفه على الإجازة) فأبطله [1] . على النحو الذى ذهب إليه الحنفية [2].

١٠٢- أثر تسليم الفضولى المبيع إلى مشتر باعه إلى مشتر ثـان :

إذا سلم الفضولى المبيع إلى المشترى ، فباعه المشترى إلى مشتر ثان كان للمالك حق إجازة أي من العقدين ، وإذا أجاز أحدهما بطل الآخر ، لأن الفضولى إذا سلم المبيع إلى المشترى يكون غاصبا [3] ، " والغاصب إذا باع المغصوب وسلمه ثم باعه المشترى من غيره ، ثم أجاز المالك أحد البيعين ، فإنه ينفذ ما أجازه المالك خاصة ، لأن الغصب لا يزيل ملكه ، فكل بيع من هذين البيعين يوقف على إجازته لمصادفته ملكه ، فتكون إجازته لأحد البيعين تمليكا للعين من المشترى بحكم هذا البيع فلا ينفذ ما سواه " [4].

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص١٨٨.

(٢) الواقع أن فقه القانون الوضعي يغاير الفقه الإسلامى (وخاصة المذهب الحنفى) فى هذا الشأن ، فقد سبق أن ذكرنا أن البائع إذا أصبح مالكا للمبيع فإن بيعه يصبح نافذا وصحيحا بصفة نهائية ولا يبطل ، وهذا التملك هو أحد أسباب انقضاء حق المشترى فى طلب الإبطال ، إذ لا مصلحة له فى طلب الإبطال بعد أن زال المانع الذى كان يحول دون انتقال الملكية إليه (أنظر فى ذلك بند ١٢٩ص١٨٩ من هذا البحث) .

(٣) أنظر : حاشية ابن عابدين ج٤ ص٢٢٠ ، والبحر الرائق لابن نجيم ج٥ ص١٥١.

(٤) د.عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص١٨٧.

١٠٣- أثر إجازة تصرف الفضولى فيما بين المتعاقدين :

إذا وجدت الإجازة فى وقتها مستجمعة شروطها السابقة على النحو الذى أسلفناه فى موضعه [١] ترتب عليها أثران :

الأول : جعل التصرف نافذا ومستندا حكمه إلى وقت إنشاء العقد إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وقد بينا ذلك تفصيلا عند الحديث عن أثر الإجازة .

الثانى : إذا أجاز المالك بيع ملك الغير فإن ملكية المبيع تثبت للمشترى من وقت الشراء، وبالتالى يثبت له الحق فى كل ما يحدث للمبيع قبل الإجازة من نماء أو زيادة [٢] .

أي أن الإجازة أثر رجعى ، وإن كانت إنشاء من وجه كما ذكرنا فى موضعه [٣].

١٠٤- أثر عدم إجازة بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين :

إذا رد المالك بيع الفضولى فإن عقد الفضولى يعتبر مفسوخا ولا ينتج أي أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا فى مواجهة المالك الحقيقى [٤] ، ولا يستطيع المالك إجازته بعد رده ، وفى هذه الحالة إذا كان المبيع قد سلم إلى المشترى وهلك ، وجب أن يرد قيمته إلى المالك لأن يده يد ضمان كما أسلفنا ، وإذا كان المشترى قد سلم الثمن إلى الفضولى وهلك فى يده هلك أمانة [٥] ولا يرجع المشترى عليه بشيئ [٦].

---

(١) أنظر : ص ١٣٤-١٣٧ من هذا البحث .

(٢) أنظر : الفتاوى الهندية ج٣ ص١١٢ ، وانظر د.عبدالرازق حسن فرج - المرجع السابق ص٢٣٣ ، ٢٣٤.

(٣) أنظر : ص ١٣٧ من هذا البحث .

(٤) أنظر : د. محمد المهدى - المرجع السابق ص٣٢٤.

(٥) د.عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق ص١٩٤.

(٦) جاء فى البحر الرائق لابن نجيم ج٦ ص١٤٧،١٤٨ " ولو لم يجز المالك وهلك الثمن=

وإذا لم يجز المالك البيع ولم يرده بقى البيع موقوفا حتى يرده المالك أو يجيزه، إذ ليس هناك وقت معين يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز ، وقد سبق أن ذكرنا أن المالكية (١) يرون أن الفضولى إذا باع ملك الغير بدون إذنه بحضرة المالك ، وسكت المالك عن ذلك : اعتبر سكوته إجازة ، وإن باع بغير حضرته وسكت مدة عام من وقت علمه بالبيع ، اعتبر سكوته إجازة ، ويستطيع المالك فى هذه الحالة أن يطالب الفضولى بالثمن مالم يمض عام ، فإن مضى على سكوته عاما سقط حقه فى المطالبة بالثمن ، وإن كان البيع بغير حضرته سقط حقه فى الثمن إذا مر على حيازة المشترى عشرة أعوام مع علمه بذلك . وهذا هو ما يفسر حق المشترى فى تملك المبيع بالحيازة أو التقادم إذا كان الشراء من غير مالك فى حضرته أو غيبته مع علمه بذلك على النحو السابق بيانه .

١٠٥- أثر بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وفقا للرأي القائل بأن بيع ملك الغير باطل :

إذا أخذنا بالرأي القائل بأن بيع ملك الغير باطل - وهو ما رجحناه فى حينه (٢) فهو لا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين ولا تلحقه الإجازة ، لأنه معدوم شرعا لوجود خلل فى بعض أركانه وهو انعدام رضا المالك ، وعدم قدرة البائع على تسليم المبيع (٣) وحكم هذا العقد هو عدم الانعقاد وانتفاء الآثار

=فى يد الفضولى ، اختلف المشايخ فى رجوع المشترى عليه بمثله ، والأصح أن المشترى إن علم أنه فضولى وقت الأداء لا رجوع له ، وإلا رجع عليه ... وصرح الشارح بأنه أمانة فى يده فلا ضمان عليه إذا هلك سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها " .

(١) أنظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص١٢ ، ومواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٢٦٩-٢٧٢ : والبهجة فى شرح التحفة ج٢ ص٦٨-٧٥ .

(٢) أنظر فى عرض هذا الرأى وأدلته بند ١٥-٢٠ ص ٢٢-٣٠ من هذا البحث .

(٣) أنظر : نهاية المحتاج ج٣ ص٢٣-٢٤ ، والمهذب للشيرازى ج١ ص٢٦١،٢٦٢ ط١٣٤٣هـ وكشاف القناع ج٢ ص١١ ط١٣١٩هـ ، ومفتاح الكرامة للعاملى ج٤ ص١٨٥، ١٨٦ ، والمنتزع المختار ج٣ ص٤١ وشرح النيل وشفاء العليل ج٤ ص١٣٦، والمحلى لابن حزم ج٨ ص٤٣٤ ط١٣٥٠هـ .

التى وضع العقد فى الشرع لإفادتها . ومادام العقد لا ينتج أي أثر فلا وجه لبحث إجازته من عدمها ، أو تسليم المبيع للمشترى من الفضولى سواء هلك أو لم يهلك ... الخ ، لأن اعتبار العقد باطلا يجعله بمثابة المعدوم ، وكأنه لم يكن.

المبحث الثالث

آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى

١٠٦- عدم سريان بيع ملك الغير فى حق المالك الحقيقى :

المالك الحقيقى فى بيع ملك الغير أجنبى عن العقد ، والأمر لا يثير صعوبة إذا قلنا بأن عقد بيع ملك الغير باطل ، فهو لا ينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين أو الغير ، لأن العقد لا وجود له شرعا ، فتصرف الغير فى ملك غيره لا يمكن أن يرتب التزاما على مالكه كما لا يمكن أن يرتب أي حق على ماله .

بيد أن الصعوبة تبدو واضحة فى حالة القول بأن بيع ملك الغير صحيح وموقوف على إجازة صاحب الشأن ، وتمشيا مع هذا الرأي ، فإن المالك إذا أجاز العقد نفذ ، وإذا رده بطل - على نحو ما أسلفنا - فإذا قلنا ببطلان بيع ملك الغير ، أو صحته ورفض المالك إجازته ، فإن هذا العقد يكون مفسوخا ، ولا ينتج أي أثر فى مواجهة المالك الحقيقى ، وهذا أمر لا يثير صعوبات عملية فى حالة ما إذا كان التصرف الذى قام به الغير (الفضولى) هو مجرد إرادة ، ولم يقترن بتسليم المبيع إلى المشترى .

فإذا قام الفضولى بتسليم المبيع إلى المشترى - سواء قلنا ببطلان البيع أو قلنا بصحته مع توقفه على إجازة المالك ولم يجزه - وتسلم الثمن : فإنه يحق للمالك أن يطالب برد العين ، وبالتعويضات إذا كان لها محل ، ويكون من حق المشترى مطالبة الفضولى برد الثمن ، والرجوع عليه بالتعويض إذا كان له محل أيضا ، أي أن المالك له أن يرفع دعوى الاستحقاق إذا لم يجز البيع ، والمطالبة بالتعويض على نحو ما سنفصله فى المطالب الآتية :

المطلب الأول

دعوى استحقاق المبيع

١٠٧- المطالبة برد العين حتى ولو كان المشترى حسن النية :

إذا قام البائع - فى بيع ملك الغير - بتسليم المبيع إلى المشترى ولم يجز المالك هذا البيع ، فإن تصرف المشترى يعتبر كتصرف الغاصب ، ويكون

للمالك حق المطالبة برد العين من أي يد كانت ، وعلى المشترى أن يردها إليه [١] ، وإذا وجدها المالك عند أي شخص فله أخذها إزالة لحالة غصب ملكه ، مالم يكن هناك مانع من استرداد المالك للمبيع من يد المشترى لأنه أحق بماله ، وسواء أكان المشترى حسن النية أم سيئ النية [٢] ، ولا يحق للمشترى أن يمتنع عن رد العين بحجة أنه يريد ضمان الثمن أو يطلب الثمن الذى دفعه لأن ذلك من أكل أموال الناس بالباطل المنهى عنه بقوله تعالى : ﴿ **يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾ [٣] .

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبوهريرة ، رضى الله عنه أنه عليه السلام قال : " كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه " [٤] ، وما رواه سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال " من سرق ماله أو ضاع له متاع فوجده فى يد رجل فهو أحق به ، ويرجع المشترى على بائعه بالثمن " [٥] .

---

(١) واستردادها من تحت يد الفضولى من باب أولى .

(٢) وإن كان هناك رأي يرى أن يعطى الحق للمشترى حسن النية أن يطلب الثمن من المالك ثم يرجع المالك على البائع بالثمن الذى دفعه للمشترى وذلك مقابل رد العين المستحقة بدليل ما أخرجه النسائى عن سماك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم – قضى بأنه : " إذا وجدها فى يد الرجل غير المتهم فإن شاء أخذها بما اشتراها ، وإن شاء اتبع سارقه " . وقضى بذلك أبو بكر وعمر ، سنن النسائى ج٢ ص٢٣٢ – ٢٣٣ ط البابى الحلبى .

(٣) سورة النساء – آية رقم ٢٩ .

(٤) صحيح مسلم ، شرح النووى ج٥ ص٤٨٨ طبعة دار الشعب – تحقيق عبدالله أحمد أبوزينة .

(٥) السنن الكبرى للبيهقى ج٦ص٥١ ، الناشر محمد أمين دمج – دار صادر بيروت ، والحديث جاء فى نيل الأوطار ج٦ ص٤٠٨ ط١٣٩٨هـ بلفظ " إذا سرق من الرجل متاع، أو ضاع منه فوجده بيد رجل فهو أحق به ، ويرجع المشترى على البائع بالثمن " رواه أحمد وابن ماجه .

وعن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " (١) .

فهذه الأحاديث جاءت عامة فى حق المالك فى استرداد ماله من يد الفضولى ، أو من يد المشترى ولم تفرق بين المشترى حسن النية والمشترى سيئ النية ، ما دامت العين باقية ولم تهلك ، فإذا هلك المبيع وجب التفريق بين ما إذا كان الهلاك عند الفضولى أم عند المشترى منه .

١٠٨- هلاك المبيع تحت يد الفضولى : (٢)

إذا هلك المبيع تحت يد الفضولى ، وجب التمييز بين ما إذا كانت يده يد أمانة أم يد ضمان ، فإذا كانت يده يد أمانة بأن كان حائزا للمبيع لمصلحة المالك فلا ضمان عليه (٣) ، وإن كانت يده يد ضمان بأن كان الفضولى حائزا للشيئ لمصلحة نفسه ، فإنه فى هذه الحالة يعتبر كالغاصب والغاصب يده يد ضمان ، فإذا هلك المغصوب تحت يده ضمنه ، ويكون التزامه برد الشيئ إلى مالكه التزاما بتحقيق غاية (٤) ، وسواء بعد ذلك أكان الهلاك بفعله أم بسبب أجنبى (٥) .

١٠٩- هلاك المبيع تحت يد المشترى :

إذا هلك المبيع عند المشترى - وكان المالك قد رفض إجازة بيع ملك

---

(١) نصب الراية للزيلعى جـ٤ ص١٦٧ الطبعة الثانية-مطبوعات المجلس العلمى ببيروت .

(٢) يعتبر الهلاك أحد موانع استرداد البيع ، وموانع الاسترداد إجمالا هى : الهلاك ، والاستهلاك ، والتغيير الفاحش ، ونقل العين إلى مكان لايمكن استرجاعها منه إلا بكلفة ومشقة ، والتقادم عند بعض الفقهاء .

(٣) أنظر : مجمع الضمانات للبغدادى ص٦٨،٦٩ ط ١٣٠٨ هـ ، د. عبدالرزاق السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج٦ ص١٨٢.

(٤) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص١٨١.

(٥) مجمع الضمانات - السابق ص١١٧ ، وانظر مغنى المحتاج ج٣ ص٢٧٩ ، والمهذب الشيرازى ج١ ص٣٦٧،٣٦٨ .

الغير – فإن الفضولى فى هذه الحالة يعتبر غاصبا ، ويد الغاصب يد ضمان ، فكذلك كل يد ترتبت على العين لأنها تعتبر امتدادا لها ، وسواء أكانت اليد الثانية يد ضمان أم يد أمانة (١) ، على أنه يجب التفرقة بين ما إذا كان المشترى من الفضولى يجهل أن البيع غير مملوك للبائع ، وبين ما إذا كان لا يجهل ذلك .

ففى الحالة الأولى : وهى حالة ما إذا كان المشترى من الفضولى يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، وهلك المبيع تحت يده بدون تعد أو تقصير ، فإن الضمان يكون على الفضولى (٢) ، وإذا كان المشترى يعلم أن البائع غير مالك للمبيع وقت البيع وتسلم منه المبيع وهلك عنده فإن الضمان يستقر عليه سواء كان الهلاك بتعد منه أم بسبب أجنبى ، وللمالك تضمين الفضولى أو المشترى أيهما شاء (٣) ، فإن اختار تضمين المشترى رجع عليه بالقيمة لا بالثمن المسمى وفى هذه الحالة يرجع المشترى على الفضولى بالثمن الذى دفعه لا بما ضمن (٤) . وإن اختار تضمين الفضولى لم يرجع على المشترى بشيئ لأن المشترى لم يدخل على الضمان وقد حدث له تغرير من جهة البائع .

وفى الحالة الثانية : وهى حالة ما إذا كان المشترى عالما بأنه يشترى من غير مالك ، واستمر حائزا للشيئ المبيع رغم علمه برفض إجازة البيع من المالك ، فهو فى هذه الحالة يعتبر غاصبا (٥) ، ويستقر عليه الضمان إذا تلف أو هلك (٦) لأنه كان يمكنه أن يتخلص منه برده إلى من كان فى يده ،

---

(١) د. محمد المهدى – بتصرف – المرجع السابق ص٣٢٨.

(٢) أنظر : مغنى المحتاج ج٢ص٢٧٩.

(٣) أنظر : فتح القدير ج٥ ص٣١٣ ، البحر الرائق ج٦ص١٤٩، والأم للإمام الشافعى ج٢ ص٢٢٠ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ص٤١٠ ، والشرح الصغير لسيدى أحمد الدرديرى ج٤ ص٩٦،٩٧.

(٤) د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق ج٤ ص١٨٦.

(٥) المغنى لابن قدامه ج٤ ص٣٧٨.

(٦) جاء فى المغنى لابن قدامه – الموضع السابق أنه " يتصور غصب العقار من الأراضى والدور ، ويجب ضمانها على غاصبها ، هذا ظاهر مذهب أحمد وهو المنصوص عن=

وقاعدة الضمان هنا أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثليا (١) وقيمته إذا كان قيميا (٢) ، فإن تعذر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة (٣).

=أصحابه ، وبه قال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضا فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض ... " وانظر : البدائع ج٤ ص١٤٨ ، وتكملة فتح القدير ج٧ص٣٦٧.

(١) المال المثلى : هو مايوجد لـه مثيل فـى الأسواق بلا تفاوت يعتد بـه وهـى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبعض أنواع الزرعيات أي التى تباع بالذراع .

(٢) المال القيمى : هو ما ليس له مثيل فى الأسواق ، أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به فى القيمة ، أو هو ما تفاوتت أفراده ، فلا يقوم بعضها مقام بعض كالأراضى ، والدور والأشجار ، وما شابه ذلك (انظر : حاشية بن عابدين ج٥ ص١٣٠ ، بداية المجتهد ج٢ ص٣١٢ ، ومغنى المحتاج ج٢ ص٢٨١ وكشاف القناع ج٤ ص١١٦) .

(٣) د. وهبة الزحيلى - السابق ج٥ ص٧١٩.

المطلب الثانى
مدى حق المالك والمشترى فى التضمين (التعويض)

١١٠- أثر استحقاق المبيع [١] وحكمه :

سبق أن ذكرنا أن بيع ملك الغير إذا لم يجزه المالك الحقيقى كان له حق المطالبة برد عين المبيع أو قيمته ، والحكم بالاستحقاق يشمل ذا اليد ، فتؤخذ العين المبيعة من يده ، ويشمل أيضا كل من تلقى ذو اليد منه ، قال صاحب الدر المختار " الحكم بالاستحقاق حكم على ذى اليد ، وعلى من تلقى ذو اليد منه ولو كان مورثه ، ويتعدى الأمر إلى بقية الورثة " [٢] .

١١١- عناصر ضمان الاستحقاق (إجمال) :

إذا استحقت العين المبيعة واستردها المالك من تحت يد المشترى ، كان للأخير أن يرجع على البائع بالثمن الذى دفعه إليه على الرأي الراجح فى الفقه الإسلامى - كما سبق بيانه [٣] - كما يرجع عليه بما ضمنه للمالك مقابل استعماله للمبيع أو استغلاله أو أخذ غلته وزوائده فى بعض الأحوال ، كما يرجع عليه بما دفعه مقابل أرش النقص ، ويرى بعض الفقهاء أن للمشترى حق الرجوع على البائع بما أنفقه على المبيع مدة بقائه عنده ، وذلك على التفصيل الآتى :

١١٢- أولا : رجوع البائع على المشترى بالثمن :

الواجب الأول على بائع ملك غيره أن يخلص المبيع للمشترى بإرضاء المالك ، فإن لم يستطع فعليه رد الثمن بعد رد العين لمالكها ، فالمشترى يرجع على البائع بالثمن الذى دفعه إليه إن كان باقيا ويبدله إن كان تالفا إذا توافرت

---

(١) الاستحقاق لغة طلب الحق ، وشرعا : رفع ملك شيئ بثبوت ملكه قبله ، أو هو ظهور كون الشيئ حقا واجبا للغير (انظر : د. وهبه الزحيلى ، المرجع السابق ص٣٤٨) .

(٢) الدر المختار ورد المحتار ج٤ ص١٩٩ .

(٣) أنظر بند ٩٩ص ١٤٢ من هذا البحث .

عدة شروط هى :

(أ) أن يكون سبب الاستحقاق سابقا على عقد البيع [١] : فإن ادعى المالك (المستحق) الملك منذ شهر ، وكان شراء المشترى منذ ستة أشهر مثلا فلا رجوع له على بائعه ، لأن الاستحقاق حدث على ملك المشترى لا على ملك البائع [٢] .

(ب) ألا يثبت الاستحقاق بإقرار المشترى أو بنكوله عن يمين نفى العلم : فلا بد أن يثبت الاستحقاق بالبينة أو بإقرار كل من البائع والمشترى معا [٣].

(جـ) ألا يكون البائع قد أبرأ المشترى من الثمن قبل الاستحقاق ، لأن المشترى حينئذ لم يدفع شيئا يطالب به .

(د) أن يكون المشترى حسن النية : أي غير عالم بأن المبيع مملوك لغير البائع وقت العقد ، أما إذا كان عالما وقت البيع أن البيع مملوك لغير العاقد – أي سيئ النية – فقد اختلفت آراء الفقهاء فى ذلك على ثلاثة أقوال :

الأول : وإليه ذهب الحنفية [٤] والمالكية [٥] أن علم المشترى بسبب الاستحقاق لا يؤثر على حقه فى الرجوع بالثمن على البائع .

الثانى : وهول قول الشافعية [٦] والحنابلة [٧] والزيدية [٨] والشيعة

---

(١) أنظر : مجمع الضمانات للبغدادى ص٢٢٧.

(٢) د. وهبة الزحيلى – المرجع السابق ص٣٥٣.

(٣) أنظر فى ذلك : فتح القدير للكمال بن الهمام ج٥ ص٣١٩ ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتى ج٢ ص١٨ ، والبحر الزخار ج٣ ص٣٧١،٣٧٢ .

(٤) العناية للبابرتى ج٥ ص١٨١ ، وجامع الفصوليين ج١ ص١٥٢.

(٥) أنظر : حاشية الدسوقى ج٣ ص٤٧.

(٦) انظر : المهذب للشيرازى ج١ ص٢٨٨ ، ومغنى المحتاج ج٢ ص٤٠-٤٢.

(٧) كشاف القناع ج٢ ص٢١٦ ، ج٤ص٤٧ ط مكة .

(٨) أنظر : البحر الزخار ج٣ ص٣٨٦.

الإمامية (١) أن المشترى لا يرجع على البائع بشيئ لأنــه أقدم على شــراء المغصوب مع علمه بأنه مغصوب فيعاقب بحرمانــه من الرجوع بالثمن على البائع ، كما أنه كان عالما بأن البائع غير قادر على تنفيذ العقد وتملكه المبيـع ، فيكون كالمتبرع بالثمن فلا يرجع به .

الثالث : يرجع المشــترى بالثمن إذا كان باقيا ، ولا يرجع على البائع بشيئ إذا تلف الثمن ، وهذا هو الراجح عند بعض الحنفية (٢) ، والشيعة الإمامية (٣) .

ونحن نرى أن الرأي الأولى بالقبول أن المشترى إذا كان سيئ النية بأن كان يعلم أن المبيع غير مملوك للبائع وقت العقد ، امتنع عليه الرجوع على البائع بالثمن ، لأن حرمانه من هذا الحق يعد ردعا له على التعامل مع الغاصب أو خائن الأمانة ... الخ ، مع القول بأن البائع عليه دفع الثمن قهرا عنه إلى بيت مال المسلمين ، لأنه لايجوز له التربح من وراء غصبه .

١١٣- ثانيا : حق المالك فى التعويض عن منافع المبيع واستهلاك زوائده تحت يد المشترى :

ذهب غالب فقهاء الحنفية (٤) إلى أن الفضولى الذى يقوم ببيع ملك غيره وتسليمه للمشترى فى حالة رفض المالك للإجازة يكون حكمه حكم الغاصب ، وتكون ذات الشيئ مضمونة عليه بالقيمة أو بالمثل ، فإذا إزدادت العين المغصوبة زيادة متصلة كالسمن أو منفصلة كالثمار تكون أمانة بعد طلبها ، إلا أن البعض منهم (٥) يرى أن الغاصب (الفضولى) لا يضمن الزوائد حتى ولو

---

(١) انظر : جواهر الكلام ج٥ ص٦٦.

(٢) أنظر : جواهر الكلام ج٦ ص١١٨.

(٣) جامع الفصوليين ج١ ص٢٣٠- ٢٣٢.

(٤) أنظر : مجمع الضمانات للبغدادى ص١٢٩ ، تحفة الفقهاء للسمرقندى ج٣ ص١٢٧ تعليق / محمد زكى عبدالبر ط١٣٧٧هـ.

(٥) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ج٥ ص٣٣٢ ، ودرر الأحكام فى شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ج٢ ص٢٦٧.

كان هلاكها بعد طلبها من المالك .

ومن هنا فإن هؤلاء الفقهاء يرون عدم ضمان زوائد المغصوب ، لأن هذه الزوائد حدثت بدون تدخل منه ، ولا دخل له في إيجادها .

أما بالنسبة لمنافع المغصوب فيرى معظم فقهاء الحنفية (١) أنها غير مضمونة وكذلك بدلها ، لأن الاستغلال الذى حصل عليه الغاصب ليس من قبيل النماء ، وإنما هو عوض عن منافع المغصوب ، والمنافع غير مضمونة ، فكذلك عوضها ، كما أن المنافع ليست بأموال عند الحنفية . ومع هذا فقد استثنى الأحناف - استحسانا (٢) - عن هذا الأصل العام منافع الأعيان الموقوفة ، والأعيان المعدة للاستغلال ، والأعيان المملوكة ليتيم ، فأوجبوا على من ينتفع بأي من هذه الأعيان ضمان منافعها رعاية لأموال اليتيم ومصلحة الموقوف عليهم (٣).

ويرى المالكية (٤) أن المالك المستحق إما أن يكون مستحقا لكل المبيع أو معظمه أو أقله ، فإن كان المستحق كل الشيئ أو معظمه فإن لم يتغير أخذه المستحق ورجع المشترى على البائع بالثمن ، وإن تغير تغيرا يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء ، وإن تغير الشيئ بزيادة ، فإن كانت الزيادة من ذات الشيئ أخذها المستحق كاملة مثل أن تسمن الدابة ، وإن كانت الزيادة من ناحية المشترى المستحق منه كأن يبنى فى الدار بناء واستحقت من يده ، خير المستحق (المالك) بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ العين بما فيها من زيادة ، وبين أن يدفع له المشترى قيمة المبيع المستحق له ، أو يكونا شريكين ، هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وذاك بقدر قيمة ما بنى وهو قضاء عمر بن

---

(١) الفوائد السمية فى شرح الفوائد السنية للكواكبى ج٢ص١٠٦ ، درر الأحكام فى شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ج٢ص٢٦٧.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادى ص١٢٦.

(٣) أنظر : الفتاوى المهدية للشيخ / عبدالرحمن السويسى ص١١٢،١١٣ ودرر الحكام فى شرح غرر الأحكام ج٢ص٢٦٧،٢٦٨.

(٤) أنظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص٤٧٠.

الخطاب رضى الله عنه (١).

وإن تغير الشيئ بنقصان ، فإن كان من غير سبب المشترى فلا شيئ عليه ، وإن كان بسبب منه كأن يهدم الدار ويبيع أنقاضها ثم تستحق منه حق للمالك الرجوع على المشترى بقيمة ما باع من أنقاض .

وأخيرا إن كان المال المستحق أقل الشيئ كان للمالك أن يرجع على المشترى بقيمة ما استحق من يده فقط .

وذهب الشافعية (٢) أن المبيع إذا استحق بعضه للمالك دون البعض الآخر فالأظهر عندهم خيار تفريق الصفقة ، وإعطاء كل جزء من المبيع حكمه، وأما إذا استحق المبيع كله أخذه المالك ورجع المشترى بكل الثمن على البائع سواء كان المشترى يعلم بالاستحقاق وقت العقد أم لم يعلم . ولو استحق المبيع باعتراف المشترى أو بنكوله عن اليمين سقط حقه فى الرجوع على البائع بالثمن ، وإن استحق المبيع ببينة أو بتصديق البائع والمشترى للمالك رجع المشترى على البائع بالثمن إن كان باقيا وبقيمته إن كان تالفا (٣).

ويرى الحنابلة (٤) أن المبيع إذا استحق للمالك رجع المشترى على البائع بالثمن وبما عزمه من أجل بناء أو غرس فى الأرض ، لأن البائع الفضولى غرر بالمشترى وأوهمه أنه مالك للمبيع ، لكن لايرجع بما أنفق على الحيوان ولا بخراج الأرض ، وللمالك قلع الغراس والبناء بلا ضمان نقص لموضعه .

١١٣ (مكرر) - مدى حق المالك فى التعويض :

القاعدة عند الحنفية أن المنافع لا تضمن كما سبق بيانه لأن الربح حصل بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير ، وسبيله التصدق به أو وضعه فى بيت مال المسلمين ، ومن ثم فإن منافع المغصوب لا تضمن إلا إذا كان

---

(١) د. وهبة الزحيلى - المرجع السابق ص٣٥٥.

(٢) أنظر : مغنى المحتاج ج٢ ص٤٠-٤٢ ، ٦٥،٦٦ ، والمهذب للشيرازى ج١ص٢٦٩ وما بعدها .

(٣) أنظر فى هذا المعنى : د.وهبة الزحيلى - المرجع السابق ص٣٥٦.

(٤) المغنى لابن قدامه ج٤ص٣٧٨ وما بعدها ، وكشاف القناع ج٣ ص٢١٦.

المال المغصوب وقفا أو مال يتيم أو مالا معدا للاستغلال لأن المنفعة ليست بمال متقوم عندهم ، ولا تتقوم إلا بورود عقد الإجارة عليها ، وقد سبق تفصيل ذلك (١).

ويرى المالكية (٢) ، أن الفضولى (الغاصب) إذا كان قد اغتصب العين للإنتفاع بها ، فإنه يضمن منافعها للمالك سواء عطل المغصوب أو انتفع به ، وإذا كان قد قصد غصب العين ذاتها فإن الأمر يختلف باختلاف طبيعة العين ، ففى الدور والأراضى يكون ضامنا للمنفعة إذا استعملها للسكنى أو للزراعة ، وفى الحيوانات يكون ضامنا لما ينشأ عن استعماله كالولد مثلا ، وفى غير ذلك من الأشياء قيمة الانتفاع ذاته (٣).

ويرى الشافعية (٤) والحنابلة (٥) أن البائع (الغاصب) يكون ضامنا لكل منافع الشيئ المتولدة منه سواء كان لها وجود مادى أو كانت منفعة عرضية ، فإن كانت المنفعة لها وجود مادى كالصوف والولد ، وكانت باقية مع العين ، فإنها تكون لمالك العين ، وإذا هلكت ضمن الغاصب قيمتها إن كانت قيمية ومثلها إن كانت مثلية ، كما يجب على المشترى دفع بدل الاستغلال أو عوضه مثل أجرة العين ، وسواء فى ذلك أكان استغلال العين بواسطته أم بواسطة غيره .

أما إذا كانت المنفعة عرضية مثل سكنى الدار،كان على الفضولى

---

(١) أنظر بند ١١٣ ص١٥٩من هذا البحث .

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص٣٥٠ ط١٣٨٦هـ ، والشرح الصغير لسيدى احمد الدرديرى ج٤ ص٩٢-٩٣ والخرشى على مختصر خليل ج٦ ص١٣٧-١٤١ .

(٣) أنظر : د. محمد المهدى ابراهيم – المرجع السابق ص٣٣٤.

(٤) أنظر : الأم للإمام الشافعى ج٣ ص٢٢٢ ، والمهذب للشيرازى ج١ ص٣٧٠ ، ومغنى المحتاج ج٢ ص٢٨٦.

(٥) المغنى لابن قدامه ج٤ ص٣٨٣ وجاء فيه " أن على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها ، وهكذا كل ماله أجر فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت لأنها تلفت فى يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان ".

الفضولى(الغاصب) (١) .

أن يضمن للمالك مثل أجر هذه الدار من يوم وضع يده عليها حتى يوم ردها للمالك ، أو وقت تلفها ودفع قيمتها (٢) .

١١٣(مكررأ) - خلاصة :

وخلاصة القول أن المالك الحقيقى إذا لم يجز بيع الفضولى فى بيع ملك الغير ، وقام الفضولى بتسليم العين المبيعة إلى المشترى وقام الأخير باستيفاء منفعة العين بمقتضى عقده مع الفضولى فإن الحنفية لايوجبون على الفضولى ضمان المنفعة كأصل عام لأن المنافع عندهم ليست بمال ، إلا أنهم مع ذلك استثنوا ضمان المنافع على الغاصب إذا كان المال المغصوب وقفا ، أو مملوكا ليتيم ، أو معدا للاستثمار .

بينما يرى جمهور الفقهاء - من غير الحنفية - أن الغاصب (الفضولى) عليه ضمان المنافع للمالك لأنها أموال عندهم أو تقوم بمال ، مع ملاحظة ما قال به المالكية من التفرقة بين قصد غصب المنفعة ، وقصد غصب الذات على النحو السابق تفصيله فى البند السابق.

١١٤- ثالثا : مدى حق المشترى فى الرجوع على البائع بأجرة المنافع :

اختلف الفقهاء فى مدى حق المشترى فى الرجوع على البائع بأجرة المنافع التى تلفت تحت يده على رأيين :

الأول : أن المشترى لا يرجع على البائع بشيئ ، وإلى ذلك ذهب الحنفية- كما سبق بيانه - لأن المالك لا يأخذ قيمة المنافع من المشترى ، ومن ثم فلا يرجع المشترى على البائع لأنه لم يغرم شيئا حتى يطالب باسترداده وفقا لقاعدة أن المنافع لا تضمن عندهم لأنها ليست بمال .

---

(١) عبرنا بالفضولى بأنه غاصب لأن المالك لم يجز البيع الذى أجراه الفضولى بدون إذنه ، ويده تعتبر يد غصب فى مثل هذه الحالة كما سبق تفصيله .

(٢) المغنى لابن قدامه ج٤ ص٣٨٣.

الثانى : أن المالك له حق مطالبة المشترى حسن النية بدفع قيمة المنافع - وهو رأي جمهور الفقهاء [١] - التى فاتت تحت يده ، ومن ثم يستطيع المشترى - وفقا لهذا الرأي - أن يرجع بدوره على البائع بما غرم من أجرة المنافع التى تلفت تحت يده من غير استيفائه لها ، وأما ما غرمه من أجرة المنافع التى استوفاها ، ففيه رأيان :

أحدهما : لا يرجع المشترى على البائع بشيئ لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به على أحد .

ثانيهما : يرجع المشترى على البائع بما غرم من أجرة المنافع لأنه غرر به من قبل البائع ، فيرجع عليه بما ضمن [٢] .

١١٥- رابعا : أرش النقص فى المبيع :

إذا باع شخص ملك غيره ، ونقص المبيع فى يد المشترى ، فإن المالكية [٣] يرون أن المشترى لا يضمن أرش النقص للمالك ، لأن المالك مخير بين أن يسترد العين ناقصة بدون أرش، وبين أن يضمن الغاصب قيمتها ، وبين أن يأخذ منه الثمن الذى أخذه ، ومن ثم فالمشترى لا يضمن أرش النقص للمالك ، وإذا كان الأمر كذلك فلا مجال للرجوع بأرش النقص على البائع .

---

(١) أنظر : ص ١٥٩،١٦٠ من هذا البحث والمراجع المشار إليها.

(٢) أنظر فى ذلك : المغنى لابن قدامه ج٤ ص٤٢١-٤٢٢ ومفتاح الكرامة للعاملى ج٤ص١٩٩.

(٣) أنظر : القوانين الفقهية لابن جزى - ص٢١٦،٢١٧ وجاء فيه " ولا يخلوأن يكون المستحق من يده (المشترى) قد صار له ذلك الشيئ المستحق بغصب أو شبهة ملك كالشراء والإرث وغير ذلك ... وإن صار له بشبهة ملك فالمستحق بالخيار بين أن يأخذه بعينه (أي أن المشترى لا يضمن أرش النقص للمالك) أو يجيز البيع ويترك السلعة فى يد المشترى فيتبع البائع بالثمن ... والمستحق منه لايرد الغلة التى استفادها فيه ولا يعطى فيها كراء ... وإن كان قد زرع الأرض فليس لمستحقها (المالك) قلع الزرع ..." وانظر : بداية المجتهد لابن رشد ج٢ص٣٥٧ ط١٩٨٢.

أما الحنفية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣] فقد ذهبوا إلى القول بأن المشترى يضمن للمالك أرش النقص ، إلا أنهم اختلفوا فى رجوع المشترى على البائع بما ضمن على رأيين :

الأول : أن ضمان أرش النقص يستقر على المشترى فقط لأن النقص حصل تحت يده .

الثانى : يرجع المشترى على البائع بما ضمن للمالك من أرش النقص فى المبيع .

١١٦- خامسا : على من تقع مؤنة رد المبيع إلى مالكه :

تكاليف رد المبيع إلى مالكه تقع على عاتق البائع ، لأنها من ضرورات الرد ، فإذا وجب عليه الرد ، وجب عليه ما هو من ضروراته [٤] .

وإذا كان المبيع مما يحتاج إلى نفقة – كما لوكان حيوانا – فأنفق عليه المشترى ، واسترد المبيع ، فهل يرجع المشترى على البائع بما أنفق أم لا ؟

والجواب أن المشترى إذا كان سيئ النية ، فإنه يعامل معاملة الغاصب وقد سبق بيان ما يجب على الغاصب فارجع إليه[٥] ، وأما إذا كان المشترى حسن النية فإنه لايرجع أيضا على الأصح ، وفيه قول بأنه يرجع على البائع بقيمة ما أنفقه على المبيع [٦] ، وهو الراجح لأنه غرر به من جهة البائع فوجب له قيمة ما أنفقه على المبيع .

---

(١) جامع الفصولين ج١ ص١٥٨-١٦٠.

(٢) أنظر : مغنى المحتاج ج٢ ص٤٠-٤٢ ، ص٦٥،٦٦ ، والمهذب للشيرازى ج١ص١٦٠ .

(٣) المغنى لابن قدامه ج٥ ص٧٦ ، وكشاف القناع ج٣ ص٢١٦.

(٤) د. وهبه الزحيلى – المرجع السابق ج٥ ص٧١٨.

(٥) أنظر : بند ١١٢ ص ١٥٨ من هذا البحث .

(٦) أنظر : المغنى لابن قدامه ج٥ ص٤٢٤ وما بعدها .

الفصل الثانى

آثار بيع ملك الغير في القانون المدنى

١١٧- تمهيد :

سبق أن ذكرنا أن حكم بيع ملك الغير هو البطلان النسبى لصالح المشترى ، وإن كنا قد رجحنا القول القائل بالبطلان المطلق لهذا البيع لانعدام المحل وعدم مشروعية السبب .

ونبحث هنا مدى حق المشترى والبائع فى طلب الإبطال ، والأحقية فى التعويض عن هذا الإبطال ، وأسباب انقضاء حق المشترى فى طلب الإبطال ... الخ .

وإذا كان عقد بيع ملك الغير شأنه شأن أي عقد له طرفين هما البائع والمشترى ، إلا أن هناك المالك الحقيقي ولا يمكن إغفاله مما يستوجب البحث فى كيفية استرداد المالك لملكه ، ومدى حقه فى إقرار أو " تأييد " البيع ... الخ.

لذا فإننا سنوضح فى هذا الفصل آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين فى مبحث أول ، وبالنسبة للمالك الحقيقى فى مبحث ثان بإذن الله تعالى .

المبحث الأول

آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعقدين

١١٨- الأصل أن بيع ملك الغير صحيح فيما بين طرفيه وتترتب عليه آثاره :

تنص المادة ١/٤٦٦ مدنى على أنه " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع ، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل " .

ومقتضى هذا النص أن بيع ملك الغير يقع صحيحا بين طرفيه ، والأصل أن تترتب عليه أحكامه وآثاره (١) وإلا لم يكن ثمة داع لأن يطلب المشترى إبطاله (٢) ، وطبقا للقواعد العامة يرتب العقد الباطل آثاره بين طرفيه إلى أن يحكم ببطلانه (٣) ، وإلى أن يتقرر بطلانه ينتج بيع ملك الغير جميع آثار عقد البيع الصحيح (٤) عدا الآثار التى يحول دون قيامها عدم ملكية البائع للمبيع (٥) مثل عدم انتقال الملكية إلى المشترى طالما كان البائع غير مالك للمبيع (٦).

---

(١) د. عبدالناصر توفيق العطار – المرجع السابق ص١٠٢ بند ٥٠ مكرر .

(٢) د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٦٩٨ بند ٢٩١.

(٣) د. توفيق فرج – المرجع السابق ص١٢٢.

(٤) أنظر : نقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س١٩ ص٧٨٠ رقم ١١٣ ، ونقض مدنى فى ١٩٧٩/١/١٠ – المجموعة السابقة س٣٠ ص١٧٣ رقم ٤٣ ، ونقض مدنى فى ١٦ مارس سنة ١٩٨٨ طعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٤ق ، ونقض مدنى فى ١٩٨٨/١٢/٢٥ طعن رقم ١٦١٨ لسنة ٥٠ق .

(٥) أنظر : د.سليمان مرقس – المرجع السابق – الموضع السابق.

(٦) أنظر : د.توفيق فرج – المرجع السابق ص٢٢٢ فقرة ٧٨.

وترتيبا على ماتقدم يترتب على بيع ملك الغير : التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى، ومن ثم فإن بائع ملك الغير إذا كسب ملكية المبيع بالميراث فلا يجوز له استنادا إلى ذلك السبب إثبات ملكيته على المبيع قبل المشترى(١) ، كما يلتزم بائع ملك الغير بعدم التعرض ، وبتسليم المبيع وبضمان الانتفاع به انتفاعا هادئا كاملا وله مطالبة المشترى بدفع الثمن وتسلم المبيع مادام لم يحكم ببطلان العقد ، وفى مقابل ذلك يلتزم المشترى بدفع الثمن ، وتسلم المبيع ، ودفع نفقات العقد ، وله حق مطالبة البائع بتسليم المبيع ونقل الملكية إليه (٢)، وكل هذا يعتبر إجازة من المشترى للبيع تحول بينه وبين طلب إبطال العقد بعد ذلك (٣) . وفى ذلك تقول محكمة النقض " ومالم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى قائما ومنتجا آثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ، ويعد هذا إجازة منه للعقد ، فيعتبر العقد صحيحا غير أنه لا ينقل ملكية المبيع للمشترى إلا إذا أقره المالك الحقيقى ، أو آلت ملكية المبيع للبائع بعد صدور العقد " (٤).

وهذا يتفق وقاعدة " من التزم بالضمان لا يجوز له التعرض " ، والتزام البائع بالضمان أمر مستقر فى الفقه والقضاء : إذ أنه لايجوز للبائع أن " يتعرض للمشترى فى انتفاعه بالعين المبيعة ، ولا أن يستردها منه بحجة التزامه بردها إلى مالكها ، أو بحجة استحقاقه إياها بعد البيع عن طريق الإرث أو الوصية أو غيرهما " (٥).

ويخلص مما تقدم أن بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى سواء كان

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٨/٦/١٦ طعن رقم ٩٣٠ لسنة ٥٥ق .

(٢) راجع فى ذلك د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٦٩٩ ، د.توفيق فرج – المرجع السابق ص١٢٢ ، د.عبدالناصر توفيق العطار – المرجع السابق ص١٠٢.

(٣) أنظر : منصور مصطفى منصور – البيع والمقايضة والإيجار -ط١٩٥٧م ص٢٤٤ نبذة ١١٣.

(٤) نقض مدنى فى ١٩٨٨/١١/٣٠م طعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ق .

(٥) د.سليمان مرقس – المرجع السابق ص٦٦٩.

المبيع منقولا أو عقـارا (١) ، ومـا لـم يحكـم بـالبطلان يظـل العقـد قائمـا منتجـا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ جميع التزاماته (٢) كمـا أن الشفعة تثبت فيه (٣) .

المطلب الأول

من له حق طلب إبطال بيع ملك الغير ؟ :

١١٩- تمهيد :

تضاربت آراء الفقه المصرى والأجنبى فيمن لـه حـق طلـب إبطـال عقد بيع ملك الغير ، فمـن قـائل أن هـذا الحـق مقصـور علـى المشـترى وحـده دون البائع ، وذهب آخرون إلى القول بأن هذا الحق يكون للبائع كما هو للمشترى ، وآخرون ذهبوا بأن هذا الحق يكون للمالك الحقيقى كما للمشترى ... الخ ولكـل أسانيده التى يستند إليها وسنعرضها تفصيلا فيما يلى :

١٢٠- المشترى وحده له حق طلب إبطال بيع ملك الغير :

ذهب غالب الفقه المصرى (٤) إلى أن المشترى وحده هو الذى يجوز له

---

(١) أنظر : د.عبدالناصر العطار - المرجع السـابق ص١٠٢ ، د.عبدالـرزاق السـنهورى - الوسيط ج٤ (عقدالبيع) ص٢٨٨ نبذة ١٦١ ، والمستشار عزت حنوره - المرجع السـابق ص١٥٣ فقرة ١٤٦.

(٢) أنظر نقض مدنى فى ١٩٦٣/٣/١٤ - مجموعة أحكام النقض س١٤ ص٢٩٨.

(٣) نقض مدنى فى ١٠ يناير سنة ١٩٧٩ - المجموعة السابقة س٣٠ ص١٧٣ .

(٤) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السـابق ص٢٨٨-٢٩٠ ، د. محمـد لبيـب شـنب - شرح أحكام عقـد البيـع ط ١٩٧٥م ص٧٦ومـا بعدهـا ، عبدالـودود يحـي - دروس فـى العقـود المسـماة - البيـع والإيجـار والتـأمين ط٧٦-١٩٧٧م ص ١٧٦ ، د.عبدالنـاصر العطـار - المرجـع السابق ص١٠٢ ومابعدهـا ، د.سـليمان مرقـس - المرجـع السـابق ص٧٠١-٧٠٤ ، د.توفيق فرج - المرجع السابق - ص١٢٢ ، د. عبدالمنعم البـدراوى - المرجع السابق ص٤١٧ ، د. محمد حسـام لطفـى - أحكـام عقـدى البيـع والإيجـار ط ١٩٩٠م ص١٠٦.

إبطال هذا البيع سواء أصابه ضرر أو لم يصبه من جراء هذا البيع وفقا لصريح نص المادة ١/٤٦٦ مدني مصرى ، كما أن المشترى له حق طلب الإبطال سواء كان المبيع منقولا أم عقارا ، وسواء سجل البيع أو لم يسجل ، وسواء تعرض له المالك الحقيقى أم لا ، وسواء كان البيع جبريا أم اختياريا " فبيع المزاد لا ينقل للمشترى أكثر مما كان للبائع من حقوق على المبيع " (١).

وقد ثار التساؤل – فى نطاق هذا الفريق من الفقهاء – عن مدى حسن النية من عدمه فى جواز طلب إبطال العقد من قبل المشترى ؟ .

فذهب غالب الفقه (٢) إلى أن نص المادة ٤٦٨ مدني صريح فى هذا النص على الحق الجوازى للمشترى فى طلب إبطال البيع دون تفرقة بين كونه حسن النية أو سيئها ، أي أن حق المشترى فى طلب الإبطال هو حق معقود له حتى ولو كان عالما وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع ، كما أن هذا الحق يثبت للمشترى ولو كان البائع لم يعلم وقت العقد أنه غير مالك ، ويستفاد هذا الحكم من نص المادة ٤٦٨ التى تقر حق المشترى فى التعويض مادام قد حكم له بإبطال البيع حتى ولو كان البائع حسن النية ،أي لم يعلم وقت العقد أنه غير مالك .

---

(١) د. عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٠٣ ، وانظر نقض مدنى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض س٣٠ص٣٦٣ رقم ٧١ ، ونقض مدنى فى ١٩٨٧/٢/١٤ م طعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٤ق .

(٢) د. سليمان مرقس – المرجع السابق – ص٧٠١ ، د. حسام لطفى – المرجع السابق ص١٠٦ ، د. اسماعيل غانم – مذكرات فى العقود المسماة – عقد البيع ط ١٩٥٨ ص٢٧ ، د. منصور مصطفى منصور – مذكرات فى العقود المسماة – البيع والمقايضة والإيجار –ط١٩٥٧ ص٢٤٧ ، د. خميس خضر – المرجع السابق ص٢٧٢ ، د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق ص٢٨٨. وانظر :

Planiol et Ripert (par hamel) op. cit No. 98 P.15-Baudry et saignat : op . cit . No 119, P.111.

بينما ذهب بعض الفقه (١) - بحق - إلى أنه يجب فى بيع ملك الغير أن يكون المشترى حسن النية ، أي غير عالم بأن المبيع مملوك للبائع حتى يتسنى له طلب إبطال بيع ملك الغير ، لأن المشترى كان سيئ النية " بأن كان عالما بأن المبيع غير مملوك للبائع ، فلا يكون قد عقد بيعا وإنما عقد اتفاقا بأن يقوم البائع بالسعي للحصول على ملكية المبيع ، وفرق بين هذا الاتفاق وبين عقد البيع " (٢) ولا يكفى فى هذا الصدد الاستناد إلى نصوص القانون ، فالمادة ٤٦٨ تتكلم عن التعويض ، ومن ثم كان طبيعيا أن تشترط لاستحقاقه حسن نية المشترى ، أما المادة ٤٦٦ مدنى فتتكلم عن حكم بيع ملك الغير ، واعتبار هذا العقد باطلا يتطلب تكييفه بأنه بيع ، والعقد الذى يعلم فيه طالب اكتساب الملكية بعدم ملكية المتعاقد معه لا يعتبر بيعا وبالتالى لا يقع فى نطاق المادة ٤٦٦ مدنى مصرى (٣).

ونحن - من جانبنا - نميل إلى هذا الرأي ونرى أنه الأقرب للصواب ، لأن الشخص الذى يقدم على شراء شيئ وهو يعلم بعدم ملكية البائع له لا يكون جديرا بالحماية القانونية التى أسبغها المشرع على المشترى حسن النية من غير مالك ، هذا فضلا عن أن المنطق والعدالة يقضيان بأن الشخص الذى يشترى من غير مالك وهو يعلم ذلك لا تتجه نيته - حتما - إلى نقل الملكية فى الحال لعلمه التام باستحالة ذلك فى ظل الظروف المحيطة بمثل هذا التعاقد ...(٤).

ولعل القضاء المصرى هنا محل نظر لأنه يشايع الرأي الأول الذى يقضى بأن المشترى فى بيع ملك الغير له حق طلب الإبطال حتى ولو كان يعلم

---

(١) انظر فى هذا المعنى د. خميس خضر - المرجع السابق ص٢٧٢ فقرة ١٧٣ ، د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص٢٤٧ فقرة ١١٤ ، د. عبدالناصر العطار - السابق - الموضع السابق ، د.لبيب شنب - السابق - الموضع السابق .

(٢) د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٣ ، فقرة ٥٠مكرر .

(٣) أنظر د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص٧٦ ، بند ٥١.

(٤) أنظر د. لاشين الغياتى - المرجع السابق ، ص٦٨،٦٩ .

وقت الشراء أنه غير مالك (١) ، وهو قضاء منتقد لأن المشترى سيئ النية لاينبغى أن يكون أهلا للحماية القانونية المقررة للمشترى حسن النية فى بيع ملك الغير وإلا توارت العدالة خلف جدار من الظلم .

ويراعى أن حق المشترى فى طلب إبطال البيع - وفقا لهذا الرأى - لايخل بحقه فى المطالبة بتنفيذ كل الالتزامات التى يرتبها عقد البيع الصحيح ، ومنها الالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض (٢) حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى (٣) ، وله فى هذه الحالة أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع (٤) ، لأن مناط تمسك المشترى بحقه فى طلب الإبطال هو علمه بعدم ملكية البائع للمبيع ، ومن هنا كان له الخيار بين التمسك بحقه فى طلب إبطال العقد وبين مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته الناشئة منه (٥) ، فإذا تمسك بالبطلان تحتم على القاضى أن يحكم له به " حتى لو أقر المالك الحقيقى البيع ، أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مادام المشترى قد رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقى أو قبل صيرورة البائع مالكا ، ذلك أن القاضى إنما يرجع فى حكمه إلى وقت رفع الدعوى ، وفى هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقى قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع (٦).

وإذا تمسك المشترى بالبطلان وحكم له به سقط حقه فى المطالبة بالتعويض عن بطلان العقد ، أما إذا اختار المطالبة بتنفيذ العقد ، كان ذلك

---

(١) فقد جاء فى حكم لمحكمة النقض أنه " إذا كان المشترى على علم وقت البيع بأن البائع لايملك المبيع كان له أن يطالب بإبطال البيع ويسترد الثمن تبعا لذلك ... (الطعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ س١٨ ص١٥٠٠) .

(٢) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٢ .

(٣) استئناف مختلط فى ١١ مايو ١٩٢٢ م٣٤ ص٣٩٨ ، وانظر د. عبدالمنعم البدراوى - السابق ص٤٠٠ ومابعدها .

(٤) د. السنهورى - السابق - الموضع السابق .

(٥) د. سليمان مرقس - السابق - الموضع السابق .

(٦) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص٢٨٨ ، ٢٨٩ .

بمثابة إجازة منه للعقد مسقطة حقه فى الإبطال (١) ، وإذا طالب المشترى البائع بنقل الملكية وعجز البائع عن ذلك ، كان للمشترى حق فسخ العقد وفقا للقواعد العامة ، كما أن طلب إبطال البيع لا يخل بحق المشترى فى طلب فسخ البيع مع التعويض طبقا للقواعد العامة (٢) . كما أن مدلول المادة ٤٤٣ مدنى مصرى يقضى بأن المشترى له حق الرجوع بالضمان على البائع - إذا حكم للمالك الحقيقى باستحقاق المبيع - وحق الفسخ لإخلال البائع بالتزام الضمان ، ومن ثم يصبح للمشترى حق استعمال أي من الحقوق الثلاثة (- طلب الإبطال- الرجوع بالضمان - طلب الفسخ) إلا أنه لايجوز له الجمع بينها (٣) .

ولما كان حق إبطال عقد بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشترى فإن القانون أجاز له حق استعماله أو عدم استعماله ، فيجوز له أن ينزل عنه صراحة - بأن يجيز العقد فيجعله غير قابل للإبطال - أو ضمنا ، إذ أن إجازة بيع ملك الغير عمل قانونى من جانب واحد يتم بإرادة المقر الصريحة أو الضمنية (٤) .

ويجوز له أن يترك استعماله حتى يسقط بالتقادم كما هو الشأن فى سائر

---

(١) وقد حكم بأن " بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى ، ومن ثم يكون له دون غيره ، أن يطلب إبطال العقد ، ومالم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ، ويعد هذا منه إجازة للعقد " نقض مدنى فى ١٩٦٣/١/٤ س١٤ ص٢٩٨ طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ق ، وانظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٩٨٨/١١/٣٠ طعن رقم ١٧٥٦ لسنة ٥٥ق ، ونقض مدنى فى ١٩٨٦/١٠/٢٢ طعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥١ق ، ونقض مدنى فى ١٩٨٣/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض س٣٤ ص١٠٢٢ رقم ٢٠٤ .

(٢) انظر فى ذلك نقض مدنى فى ١٩٧٧/١/١١ - مجموعة أحكام النقض س٢٨ ص٢١١ رقم ٤٨ .

(٣) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٣ ، د. خميس خضر - المرجع السابق ص١٧٢ .

(٤) نقض مدنى فى ١٩٨٥/١١/٥ - طعن رقم ١٧٢٤ لسنة ٥١ق

الحقوق (١) .

١٢١- البائع له حق طلب إبطال البيع استنادا إلى قواعد الغلط :

ذهب رأي فى الفقه المصرى (٢) إلى أن البائع له طلب إبطال البيع إذا كان قد وقع فى غلط (٣) ، بأن كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له، إذ أن الغلط فى بيع الإنسان مالا يملك يكون منصبا على غاية جوهرية لصاحب الإرادة (البائع) بحيث أنه لو لم يقع فيه ما كان ليقبل التصرف ، أي ماكان يبيع ملك غيره ، وهذا هو شرط الاندفاع إلى التصرف (٤) ببيع مالا يملك وهو يجهل ذلك (٥) .

---

(١) انظر : د. سليمان مرقس – المرجع السابق – الموضع السابق ، د.عبدالمنعم بدراوى – عقد البيع ط ١٩٨٣ ص٤١٧.

(٢) انظر : د.احمد نجيب الهلالى ، د. حامد زكى – المرجع السابق بند ١٨٥ ، د. منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – فقرة ١١٤ ص٢٤٨ ، د. جميل الشرقاوى شرح العقود المدينة – البيع والإيجار والمقايضة ط ١٩٦٤ ص١٨٢ ،د.اسماعيل غانم – السابق ص٢٧ ، د. حسام لطفى – المرجع السابق ص١٠٦ ، د. أنور سلطان ، شرح عقدى البيع والمقايضة ط١٩٥١ فقرة ٤٠٦.

(٣) الغلط : اعتقاد مخالف للواقع يقوم فى ذهن الإنسان فيدفعه إلى التعاقد ولم يعتد القانون بالغلط إلا إذا كان جوهريا ، وأن يكون المتعاقدان قد وقعا فى غلط ، أو أن يكون أحدهما واقعا فى غلط والمتعاقد الآخر على علم بذلك ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه، وهو ما يعبر عنه بوجوب اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر ، انظر فى ذلك تفصيلا :د. لبيب شنب – دروس فى نظرية الالتزام ط٧٦ -١٩٧٧ ص١٤٣-١٥٩ ، د.جميل الشرقاوى – مصادر الالتزام ط١٩٧٤ ، ص١١١-١٢٨ .

(٤) د. جميل الشرقاوى (بتصرف) – السابق .

(٥) قارن عكس ذلك :

Baudry et saignat : op cet, p.111, No 118

فالاستناد إلى قواعد الغلط يكفى فى هذا الصدد ، فإذا كان البائع واقعا فى غلط جوهرى بشأن ملكيته للمبيع وكان المشترى واقعا معه فى هذا الغلط أو عالما به ، أو فى استطاعته ذلك كان للبائع التمسك بالإبطال (١) ، بل إن بعض الفقهاء ذهب إلى أن البائع حتى ولو كان سيئ النية له أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشترى ، لإن إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس مالكا له فيه إكراه له على أن يعتدى على ملك الغير (٢).

والواقع أن هذا الرأي محل نظر ، وكان - بحق - مثار نقد معظم الفقه المصرى (٣) ، إذ ليس فى الوسع منح البائع هذا الحق طبقا لأحكام المادة ٤٦٦ من القانون المدنى التى تقصر طلب الإبطال صراحة على المشترى ، ولم تنص على أن للبائع هذا الحق ، ومن ثم لايجوز للبائع طلب إبطال العقد سواء كان حسن النية أم سيئ النية (٤).

ويعلل ذلك عادة بأن البائع " هو الذى يجب عليه أن يعرف ما إذا كان يملك المبيع أو لا يملكه ، فإذا كان عالما بعدم ملكيته ، فهو مخطئ فى التزامه ببيع ما لا يملك ، وإذا كان لا يعلم بعدم ملكيته فهو أيضا مخطئ لأنه كان يجب أن يعلم ، ولا يجوز له فى كلتا الحالتين أن يتخلص من التزامه بالاستناد إلى خطئه (٥) ، هذا فضلا عن أن المشترى أجاز له القانون طلب الإبطال لأن

---

(١) د. حسام لطفى - المرجع السابق ص١٠٦.

(٢) انظر فى عرض وجهة النظر هذه : د.عبدالرزاق السنهورى - السابق - هامش ص٢٩١ .

(٣) راجع د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٦ ، د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٤ ، د.خميس خضر - المرجع السابق ص٢٧٣ ، د.عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤١٦.

(٤) انظر فى ذلك Baudry et saignat : op cit, No . 119; p. 111 ets - Blaniol et ripert (par-ha. el) op cit p.15, No. 98.

وراجع د. أنور سلطان - المرجع السابق - فقره ٤٠٦ ، د. سليمان مرقس - السابق - الموضع السابق .

(٥) د. سليمان مرقس - السابق ص٧٠٤.

مادفعه من ثمن المبيع ليس له مقابل لأن البائع يستحيل عليه نقل ملكية المبيع إليه ، ومن ثم فالمشترى هنا قد أصابه ضرر لا سبيل لدفعه إلا طلب الإبطال ، أما البائع فلم يصبه ضرر ما (١) ، ومن ثم فهو ليس أهلا للحماية عن طريق منحه الحق فى طلب إبطال بيع مالايملك ، أما حسن نية البائع فلا يترتب عليها سوى إعفائه من المسئولية عن الأضرار غير المتوقعة التى تصيب المشترى حسن النية بسبب بطلان البيع (٢) .

والقضاء المصرى يؤيد مسلك غالب الفقه حيث يرى أن طلب إبطال عقد بيع ملك الغير هو حق مقصور على المشترى فقط ، ولا يجوز منح هذا الحق للبائع ، وقد جاء فى حكم لمحكمة النقض أنه " لا يجوز إبطال بيع ملك الغير إلا للمشترى دون البائع له ... " (٣).

وهو قضاء صحيح يساير العدالة ومذهب غالب الفقهاء .

١٢٢- مدى حق المالك الحقيقى فى طلب الإبطال :

يجمع الفقه المصرى (٤) على أن المالك الحقيقى ليس له طلب إبطال هذا النوع من البيع لأنه ليس طرفا فيه ، لأن البطلان لم يتقرر لحمايته ، وإنما تقرر لحماية المشترى ، وعلى ذلك نصت المادة ٢/٤٦٦ مدنى مصرى بقولها

---

(١) لأن العقد يخوله كافة الحقوق الناشئة عن العقد الصحيح الصادر من مالك ، ومن بينها حقه فى اقتضاء الثمن إذا كان له وجه .

(٢) انظر : د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٠٥ .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٨٧/٢/١٤ طعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٤ق ، وانظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٩٨٦/١٠/٢٢ طعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥١ق ، ونقض مدنى فى ١٩٨٥/١٢/٢٥ طعن رقم ١٦١٨ لسنة ٥٠ق ، ونقض مدنى فى ١٩٨٣/٤/٢٠ س٣٤ ص١٠٢٢ طعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٤٩ق .

(٤) د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق ص٢٩٦ نبذه ١٦٥ ، د.عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٠٦ ، د.سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٠٥ ، ومنصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص٢٤٤ ، د. توفيق فرج – المرجع السابق ص١٢٧ ، د.عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٤٢٠ ومابعدها ، د. حسام لطفى – المرجع السابق ص١٠٧.

" وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد " .

والقانون أعطى للمالك سبلا كثيرة يقتضى بها حقه منها أن له الحق فى التصرف فى المبيع متجاهلا هذا البيع ، وله حق استعماله واستغلاله ، وله حق طلب استرداده من المشترى إذا كان قد سجل عقد البيع وتسلم المبيع مالم يكن المشترى قد تملكه بالحيازة ، وله أن يرجع بالتعويض على بائع ملكه إن كان سيئ النية أو كان حسن النية ولم يتحرز فى بيعه [١] ...الخ.

هذا وسنعود إلى بحث هذا الموضوع تفصيلا فى المبحث التالى عند حديثنا عن أثر بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى .

١٢٣- مسلك القضاء بشأن من له حق طلب إبطال بيع ملك الغير :

هذا وقد سلك القضاء المصرى فى معظم أحكامه على أن حق طلب إبطال بيع ملك الغير حق مقصور على المشترى فقط ، على أساس أن المشترى خول هذا الحق لأن البائع لا يستطيع أن ينقل إليه ملكية المبيع الذى بذل المشترى الثمن من أجله ، ولأن فى بيع ملك الغير له إضرار به ، وطلب الإبطال يخلصه من كل التزاماته إزاء البائع ، فقد حكم " بأن بطلان بيع ملك الغير مقرر – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – لمصلحة المشترى ، فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد ، ومالم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره ، بحيث يكون للمشترى أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ، ويعد هذا منه إجازة للعقد ..."[٢] .

---

(١) انظر فى ذلك تفصيلا : د.عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٠٧ وانظر نقض مدنى فى ١٦يونية ١٩٨٠ – طعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ق .

(٢) نقض مدنى فى ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٨٦ طعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥١ق ، وانظر فى نفس المعنى نقض مدنى فى ٢٠ ابريل سنة ١٩٨٣ طعن رقم ١٩٧٢ س ٤٩ق ونقض مدنى فى ١٤ مارس سنة ١٩٦٣ طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ق .

وحكم بأنه " لايجوز إبطال بيع ملك الغير إلا للمشترى دون البائع له ... " [١].

وحكم بأن " النص فى المادة ٤٦٦ والفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من القانون المدنى يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشترى ، وإجازة المشترى للعقد تزيل قابليته للإبطال وتجعله صحيحا فيما بين العاقدين ... " [٢].

وهكذا نجد أن القضاء المصرى شايع مذهب جمهور الفقه المصرى من أن طلب إبطال بيع ملك الغير مقرر لصالح المشترى فقط دون البائع ودون المالك الحقيقى ، وهو قضاء صحيح فيما ذهب إليه وفقا لأحكام القانون الوضعى لأن المالك الحقيقى ليس طرفا فى العقد ، كما أن طلب الإبطال ليس من حق البائع سواء كان حسن النية أم سيئ النية وفقا لمبررات هذا الحظر الذى أوردناها فى حينه .

١٢٤- كيفية تمسك المشترى بحقه فى طلب إبطال بيع ملك الغير :

يستطيع المشترى أن يطب إبطال هذا البيع :

(أ) إما عن طريق رفع دعوى على البائع يطلب فيها الإبطال لعدم ملكيته للمبيع قبل البيع ، ويطلب فيها استرداد الثمن أوليستبق دعوى ضمان الاستحقاق .

(ب) وإما عن طريق التقدم بهذا الطلب فى صورة دفع ، إذا رفع عليه البائع دعوى يطالبه فيها بثمن المبيع [٣]أو بأى التزام آخر من الالتزامات الناشئة

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٧/٢/١٤ طعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٤ق .

(٢) نقض مدنى فى ٢٥ يولية ١٩٩٠ طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥ق .

(٣) انظر :

Aubry et Rau (par p. Esmein) : coure de droit civil françois, t.v.5e, ed. 1947, No . 351, et baudry et saignat, op .cit, No 199, p. 111- et plonial et ripert (par j. hamel) : op. cit, No. 48, p. 50 ets.

عن عقد البيع (١).

١٢٥- مدى حق المشترى فى التعويض :

لايقتصر حق المشترى على طلب إبطال العقد فقط ، بل له أن يطالب بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب بيع ملك الغير له (٢).

وقد حددت المادة ٤٦٨ من التقنين المدنى الشروط التى يجب توافرها حتى يتمكن المشترى من الرجوع على البائع بالتعويض ، حيث نصت على أنه " إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية " .

ويستبين من هذا النص أنه لكى يستطيع المشترى الرجوع على البائع بالتعويض يجب توافر الشروط الآتية :

١- يجب أن يستعمل المشترى حقه فى طلب الإبطال فى الوقت المناسب، ويحكم له به (٣) ، وهذا يقتضى فشل البائع فى نقل ملكية المبيع إلى المشترى ويحكم لهذا الأخير بإبطال البيع (٤).

٢- يجب أن يكون المشترى حسن النية حتى يكون له طلب إبطال البيع، وهذا يعنى أنه كان يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع ،أما إذا كان عالما

---

(١) د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٣ ، وانظر د. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤١٨ ، د.سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٣ ، د.حسام لطفى - المرجع السابق ص١٠٦.

(٢) انظر : د.عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٥١ نبذة ١٦٢ ، د.سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧١١ ، د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٥ ، د.عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤١٨ فقرة ٢٨٩ ، د.عبدالودود يحيى - المرجع السابق ص١٧٨ ومابعدها ، د.توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٥ .

(٣) د. سليمان مرقس - المرجع السابق - الموضع السابق ، وانظر السنهورى - السابق ص٢٩١ .

(٤) د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٥ فقرة ٧٩ ، د. حسام لطفى - المرجع السابق ص١٠٧ .

كان عالما وقت العقد عدم ملكية البائع للمبيع، فإنه بذلك يكون قد عرض نفسه لبطلان الصفقة وتفويت مزاياها عليه ، ولايكون له إذا تحقق هذا الغرض أن يطالب بتعويض عن الأضرار الناشئة عنه (١) ، وليس له - إذا كان سيئ النية إلا أن يطلب إبطال البيع فقط ، وله حق استرداد الثمن وليس له حق فى التعويض ، بل ولا مصروفات البيع التى انفقها ، لأنه حين أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع وجب عليه تحمل تبعة ذلك (٢).

بيد أنه يمكن للمشترى - حتى مع علمه وقت البيع أن البائع غير مالك للمبيع - أن يتفق على إدراج شرط فى البيع بمقتضاه يكون له الرجوع بالتعويض على البائع بالإضافة إلى استرداده الثمن لدى قيام المالك الحقيقى بانتزاع المبيع من يد المشترى (٣) ، وبالعكس من ذلك لا يستطيع البائع إخلاء

---

(١) انظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧١١.

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٢ ، وانظر د. محمد كامل مرسى - عقد البيع ط ١٩٥٣ ص٤٤٩ نبذة ٢٣٥ ، واستئناف مختلط فى ١٩٣٥/٢/١٢ م٤٧ ص١٥٠ ، وانظر :

planiol et ripert (par j. hamel) : op. cit. No 49, -et baudry et saignat : op.cit, No.119, p.115 et aubry et rau (por p. Esmein):op.cit, No. 351.

وانظر د.توفيق فرج - المرجع السابق - الموضع السابق ، ونقض مدنى فى ١٩٦٧/٨/١٥ مجموعة أحكام النقض س١٨ص١٥٠٠ ، وقد جاء فيه " أن علم المشترى بأن البائع له لا يملك المبيع يجيز للمشترى طلب إبطال البيع ورد الثمن دون المطالبة بالتعويض ".

(٣) انظر : د.لاشين الغياتى - المصدر السابق ص٧٥ ، د.أنور سلطان - المرجع السابق - نبذة ٤٠٥ ، د. احمد نجيب الهلالى ، د.حامد زكى - شرح عقد البيع - الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص١٨٦ بند ١٨٨ ، وانظر : استئناف مختلط فى ١٩٣٠/٥/٢٧ م٤٢ ص٥١٨ ، وراجع :

planoil et ripert (par hamel) : op. cit, No. 49, p.53, Dalloz: Encyclopedie jurdique, repertoire de droit civil, t.v., par: alauri: 1955, No.404.

نفسه من المسئولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسئولية هو الخطأ التقصيرى إذ لايجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية [١] .

وأخيرا فإن التعويض يقدر وفقا للقواعد العامة فيشمل ما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب [٢] .

وترتيبا على ماتقدم فإنه ليس للمشترى أن يطالب بالتعويض فى كل الحالات التى يحكم فيها بإبطال بيع ملك الغير ، وإنما يتعين للحكم بالتعويض ثبوت حسن نية المشترى ، وحتى مع ثبوت ذلك فإن الحكم بالتعويض موكول إلى القضاء ، فله أن يحكم أو لا يحكم به [٣]، وفقا للسلطة التقديرية المخولة له فى مثل هذا الأمر ، كما أن القضاء يختص بتقدير مبلغ التعويض فى حالة إثبات المشترى توافر عناصر المسئولية التقصيرية التى يقوم عليها التعويض فى هذه الحالة ، وهذه العناصر تلزم المسئول عن الضرر (البائع) بتعويض الأضرار المباشرة سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة ، وسواء كان البائع حسن النية أم سيئ النية ، مع أن قواعد العدالة واتساق المنطق القانونى كان يفرض على المشرع الوضعى أن ينص على عدم إلزام البائع بالتعويض إذا كان حسن النية ، بأن كان يعتقد أنه مالك للمبيع وكان اعتقاده مبنيا على مايقتضيه مسلك الشخص العادى [٤].

وتجدر الإشارة إخيرا إلى أنه بالنظر إلى اعتبار ملك الغير صورة من صور الضمان فإنه يمكن تقدير التعويض كما يقدر فى حالة الضمان [٥].

---

(١) د. عبدالرازق السنهورى – المرجع السابق – هامش(١) ص٢٩٢ ، د.منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص٢٥٢ فقرة ١١٤.

(٢) د. عبدالمنعم البدراوى – السابق ص٤١٨.

(٣) راجع د.توفيق فرج – المرجع السابق ص١٢٦.

(٤) انظر: د.عبدالناصر العطار – المرجع السابق – هامش (٢٠) ص١٠٥ ، د.محمد لبيب شنب ، د.مجدى صبحى خليل – شرح عقد البيع ط١٩٥٦ ص٨٩ ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٨٩ .

(٥) د.توفيق فرج – المرجع السابق – الموضع السابق ، وانظر موسوعة داللوز تحت لفظ (بيع) رقم ٤٠٦.

١٢٦-مدى حسن أوسوء نية البائع فى المطالبة بالتعويض :

كان التقنين المدنى الملغى ينص فى المادة ٣٣٤/٢٦٥ على ضرورة سوء نية البائع - أي علمه وقت العقد بعدم ملكيته للمبيع - حتى يمكن للمشترى - حسن النية - المطالبة بالتعويض (١)، وذلك استنادا إلى النص الفرنسى للمادة السابقة ، وهو يشترط فى التعويض سوء نية البائع (٢) ، ولكن هذا الشرط كان محل نقد ، لأن جهل البائع عدم ملكيته لا يسوغ اعفاءه من تعويض المشترى " لأنه كان يجب عليه أن يعلم قبل الإقدام على التعاقد حقيقة مركزه من حيث الملكية ، فإذا لم يفعل فقد قصر فى واجبه ولزمه تعويض الطرف الآخر عما أصابه من ضرر بسبب بطلان العقد الذى اعتمد عليه ، لذلك ذهب بعض الأحكام والشراح فى ظل التقنين الملغى إلى أن حسن نية البائع لا يعفيه من الالتزام بالتعويض ، غير أن هذا الرأي بالرغم من وجاهته كان يصطدم مع صراحة نص المادة ٢٦٥ فلم يمكن الأخذ به ، وحدا ذلك المشرع عند تنقيح القانون المدنى إلى النص صراحة فى المادة ٤٦٨ على أن البائع يلزم بالتعويض ولو كان حسن النية" (٣) أي لا يعلم أنه غير مالك لما باعه لأنه فى هذا الفرض يكون مقصرا إذ هو باع ما لا يملك " وإن كان للقاضى فى تحديد مدى التعويض أن يراعى عذر البائع فى حسن نيته "(٤) حتى لا يتساوى التعويض فى حالة سوء النية مع التعويض فى حالة حسن النية .

---

(١) انظر : د.سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧١٢.

(٢) استئناف مختلط فى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ص٥١٨ ، وانظر د.أحمد نجيب الهلالى ، د.حامد زكى - المرجع السابق - نبذة ١٨٦ فى تعليقهما على المادة ٣٣٤/٢٦٥ فى نصها الفرنسى .

(٣) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧١٢ ، وانظر د.منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص٢٥١ نبذة ٢٥١ ، والسنهورى - المرجع السابق ص٢٩٢ ، د.عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٦، ود. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤١٨ .

(٤) د. عبدالمنعم البدراوى -المرجع السابق - الموضع السابق .

فالتعويض - وفقا لأحكام القانون المصرى [١] والفرنسى [٢] يستحق للمشترى ولو كان البائع حسن النية ، لأنه إذا اقدم على البيع دون أن يتأكد من ملكيته للمبيع يكون مقصرا ويكون قد تصرف دون حذر وتبصر ، ويبدو بمظهر المالك للمبيع " ولهذا فإن من العدل إلزامه بإصلاح ما سببه من أضرار " [٣] فلم يشترط التقنين المدنى الحالى ولا التقنين الفرنسى فى ثبوت حق المشترى فى التعويض سوى حسن نية المشترى [٤].

إلا أن ذلك لا يقتضى بالضرورة عدم الفرق بين حسن أو سوء نية البائع، إذ تفرق القواعد الأساسية للمسئولية العقدية بين المدين حسن النية والمدين سيئ النية من حيث مدى التعويض الذى يلتزم به كلا منهما ، فالمدين حسن النية " لا يسأل إلا عن الضرر الذى كان متوقعا عقلا وقت العقد كالمصروفات الضرورية ، والمصروفات النافعة التى أنفقها المشترى على المبيع ، أما الثانى (المدين سيئ النية) فيسأل عن جميع الأضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة فتدخل فيها المصروفات الكمالية " [٥].

ولا شك أن هذا الرأي يفترض أن المسئولية هنا مسئولية عقدية ، مع أن من المسلم به أن المسئولية العقدية لا تقوم إلا عند الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح ، فإذا كان العقد باطلا فالمسئولية لاتكون إلا تقصيرية ، ويترتب عليها حق المشترى فى طلب التعويض عن كافة الأضرار المباشرة [٦] سواء كان البائع حسن النية أو سيئها .

---

(١) انظر المادة ٤٦٨ من التقنين المدنى المصرى الحالى .

(٢) انظر : Baudry et siagnat : op. cil, No. 119,pp. 98-99.

(٣) د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٦ . وانظر :

Josserand de droit civil positif français, t.2.2 e ed. 1933. p.548.

(٤) انظر نقض مدنى فى ١٩٦٤/٦/١١ - مجموعة أحكام النقض س١٥ ص٨١٤ رقم ١٢٨ ، وجاء فى هذا الحكم أن " المقصود من المادة ٤٦٨ من القانون المدنى ... هو تقرير حق المشترى الذى حكم له بإبطال البيع فى التعويض ، متى كان حسن النية ...".

(٥) د. سليمان مرقس - المصدر السابق ص٧١٢، ٧١٣ .

(٦) أى الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة .

غير أن جانبا من الفقه [١] ذهب إلى أن مصدر التعويض للمشترى فى حال حسن نية البائع هو نظرية الخطأ فى تكوين العقد [٢] ، وهو رأي محل نظر ، لأن من المسلم به أن المسئولية العقدية لا تقوم إلا نتيجة إخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح ، والعقد هنا قد حكم بإبطاله ، فلا يصلح أساسا لترتب مسئولية تستوجب التعويض ، ومن ثم وجب القول بأن البائع - وفقا لأحكام القانون المصرى والقانون الفرنسى يكون ملتزما بتعويض المشترى وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية عن كل الأضرار التى سببها له من جراء بيع ما لا يملكه عن كل الأضرار المباشرة سواء كانت متوقعة أم غير متوقعة ، وسواء كان البائع حسن النية أم سيئها على التفصيل السابق بيانه .

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى - السابق ص٢٩٢ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٩٣ .

المطلب الثانى
أسباب انقضاء حق المشترى
فى طلب الإبطال

١٢٧- تعداد :

نص المشرع المصرى فى المادة ٤٦٧ صراحة على سببين لانقضاء حق المشترى فى طلب الإبطال وهما إقرار المالك الحقيقى للعقد ، وأيلولة ملكية البائع للمبيع بعد صدور العقد ، ويستنتج سبب ثالث من النصوص لانقضاء حق المشترى فى طلب الإبطال ، وهو إجازة المشترى العقد ، وتقضى القواعد العامة بأن ثمة سببين آخرين لانقضاء حق المشترى فى طلب الإبطال وهما كسب المشترى ملكية المبيع بالحيازة أو التقادم .

فهذه أسباب خمسة لسقوط حق المشترى فى طلب إبطال بيع ملك الغير، نتناولها بالتفصيل فى البنود الآتية :

١٢٨-أولا:إقرار المالك الحقيقى للعقد قبل رفع دعوى الإبطال:

تنص المادة ١/٤٦٧ من التقنين المدنى على أنه " إذا أقر المالك البيع سرى العقد فى حقه وانقلب صحيحا فى حق المشترى " .

فهذا النص يقضى بانقضاء حق المشترى فى طلب الإبطال إذا انتفت الحكمة منه بإقرار المالك الحقيقى للعقد الصادر من البائع للمشترى ، لأن هذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقى إلى المشترى (١) ، كما أن إقرار المالك للعقد يعتبر بمثابة قبول منه بالإرتباط شخصيا بالتزامات البائع ترتب عليه انتقال الملكية منه إلى المشترى (٢) . وبذلك يرتفع الضرر

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق ص٢٩٧ فقرة ١٦٦ ، وانظر فى هذا المعنى : د.سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٠٧ فقرة ٢٩٦ ، د. عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٠٤ فقرة ٥٠ مكرر ، د.توفيق حسن فرج – المرجع السابق ص١٢٧ فقرة ٨٠ ، د. حسام لطفى – المرجع السابق ص١٠٧ ، د. عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٤١٩.

(٢) د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٠٧ ، ونقض مدنى فى ١٩٨٣/٤/٣٠ س٣٤ ص١٠٢٢ .

عن المشترى الذى من أجله تقرر له حق طلب الإبطال ويزول هذا الحق بالتالى تبعا لزوال سببه (١) ، فينقلب صحيحا بإقرار المالك الحقيقى ، " بل إن الإقرار أبعد أثرا من الإجازة ، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق ذلك ساريا فى حق المالك الحقيقى وينقل الملكية إلى المشترى" (٢) .

وسواء بعد ذلك أكان إقرار المالك الحقيقى للبيع صريحا أم ضمنيا (٣)،

---

(١) انظر فى ذلك نقض مدنى فى ١٩٤٤/٦/٨ طعن رقم ١١٢ لسنة ١٣ق وقد جاء فيه " إن البيع الصادر من غير مالك إن كان باطلا فإن بطلانه ليس بطلانا أصليا ، بل إن القانون نص على صحته إذا أجازه المالك ... " ، ونقض مدنى فى ١٩٦٧/١٢/٢٨ س١٨ ص١٩٣٢ طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٤ق وجاء فيه " إذا كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلا عن باقى الملاك وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم فى حصصهم فى البيع فإنهم متى أقروا البيع فإن العقد يسرى فى حقهم عملا بالمادة ٤٦٧ من القانون المدنى".

ونقض مدنى فى ١٩٦٨/٤/١٨ س١٩ ص٧٨٠ طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ق ، وجاء فيه " لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه ، إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشترى وحده ، ولا يسرى فى حق المالك الحقيقى ، ولهذا المالك أن يقر البيع فى أي وقت ، فيسرى عندئذ فى حقه وينقلب صحيحا فى حق المشترى " .

وانظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٩٧١/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض س٢٢ ص١٠٩٦ رقم ١٨٥، ونقض مدنى فى ٢٠ يناير سنة ١٩٨٨ طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ق ، ونقض مدنى فى ١٩٨٨/١١/٣٠ طعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٢٥ق .

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق ص٢٩٨ ، وانظر د.عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٤١٩ فقرة ٢٩٠ وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٩٣ .

(٣) انظر فى ذلك نقض مدنى فى ١٩٩٠/٧/٢٥ طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥ق وجاء فيه " النص فى المادة ٤٦٦ والفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من القانون المدنى يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشترى ، وإجازة المشترى للعقد تزيل قابليته للإبطال وتجعله صحيحا فيما بين العاقدين ، أما بالنسبة للمالك الحقيقى فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا ... " وانظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة=

لأن النص لم يشترط كون الإقرار صريحا فجاز أن يكون ضمنيا (١) .

ونص المادة ١/٤٦٧ مدنى مصرى يتضمن ضوابط إقرار المالك الحقيقى للبيع التى تخلص فيما يلى :

(أ) يرى غالب الفقه المصرى (٢) أن سقوط حق المشترى فى طلب إبطال العقد مرهون بصدور الإقرار من المالك قبل رفع دعوى الإبطال . أما إذا

= ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض س١٩ ص٧٨٠ رقم ١١٣ ، نقض مدنى فى ١٩٥٠/٤/٣٠ - المجموعة السابقة س١ ص٤٣٣ - رقم ١١١.

(١) راجع فى ذلك د. سليمان مرقس - المرجع السابق - الموضع السابق ص٧٠٧ ، ويرى سيادته - بحق " أن الإجازة هنا تقتضى أن يكون المجيز عالما بسبب الإبطال حتى يكون نزوله عن التمسك بحقه فى الإبطال صادرا عن بينة من الأمر ، فإذا طلب المشترى ثبوت ملكيته بعد علمه بصدور عقده من غير مالك أو على الأقل بعد حصول المنازعة له من المالك الحقيقى ، فيجوز اعتبار مطالبته هذه إجازة ضمنية للعقد وإسقاطا لحقه فى التمسك بإبطاله ، ويغلب أن يكون الأمر كذلك إذا حصلت المطالبة قبل تسجيل عقده ... أما إذا حصلت تلك المطالبة قبل تسجيل عقده وقبل أن ينازعه أحد ، فيحتمل ألا يكون قد علم بعدم ملكية البائع ، وحينئذ لا تكون مطالبة البائع إليه بتنفيذ التزاماته بما فى ذلك التزامه بنقل الملكية دليلا على إجازته العقد وعلى إسقاط حقه فى إبطاله عندما يثبت له أن البائع إليه غير مالك " (انظر هامش ٢٧ص٧٠٧ للمؤلف المذكور) ويدعم هذا المنطق ما جاء فى حكم النقض الصادر فى ١٩٦٨/٤/١٨ طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ق " ... فإذا كان الطاعنون - ورثة المشترى فى عقد بيع ملك الغير - قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا إلى هذا العقد المسجل فإنهم بذلك يكونون قد أجازوا العقد ، ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقى أن يعترض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه فى حقه ، ومن ثم فلا يكفى لعدم إجابة الطاعنين إلى طلبهم أن يثبت المدعى عليهم المنازعون لهم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتوا أنهم هم أو البائع لهم الملاك لهذا البيع ، إذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة " .

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٨ ، د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٨ ، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٧ ، د.عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤١٩ ، د. حسام لطفى - المرجع السابق ص١٠٧ ، د. محمد كامل مرسى - المرجع السابق ص٤٦٤ ، د.أنور سلطان - المرجع السابق نبذه ٤٠٨ ،=

رفعت بالفعل قبل صدور الإقـرار ، فـإن حـق المشـترى لا يسـقط فـى طلـب الإبطال ، لأن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعـوى ، فيكفـى أن يكـون الحـق قائما فى ذلك الوقت ، ولا تتأثر الدعوى بما يحدث بعد ذلك .

وذهب بعض الفقه (١) إلى أن إقرار المـالك الحقيقـى للبيـع يسـقط حـق المشترى فى طلب الإبطال سواء صدر هذا الإقرار قبل رفع دعوى الإبطال أم بعد رفعها بشرط أن يصدر الإقرار قبل الحكم فى دعوى الإبطال .

ونحن نرى أن هذا الرأي الأخير هو الأولى بالقبول لأن الإقرار يجعل البيـع ساريا فـى حـق المـالك ، وبذلـك يتمكـن الأخير مـن نقـل ملكيـة المبيـع إلـى المشترى من تاريخ صدور الإقرار، وبخاصة أن اتجاه محكمة النقض يميـل إلى الأخذ بهذا الرأي (٢) .

(ب) يسرى العقد فى حق المـالك الحقيقـى مـن وقـت الإقـرار ، أي أن لإقـرار العقد من قبل المالك الحقيقى أثر رجعى (٣) ، ومفاد ذلك أن المالك الحقيقـى يدخل فى علاقة مباشرة مع المشترى (٤)، ويكون لبائع ملك الغير دور هـام يتمثل فى التزامه مع المالك الحقيقـى بـأداء الالتزامـات المترتبـة علـى عقـد البيع (٥) ، ويترتب على أن الغير الذى كسب حقا على العقار من المالك لا

=د.أحمد نجيب الهلالى ، د. حـامد زكـى - المرجـع السـابق ص١٧٣ ، د. عبدالـودود يحيى- السابق ص١٧٦ ، د. اسماعيل غانم - المرجع السابق ص٢٥ .

(١) د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٤-١٠٥ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٦٧/١٢/٢٨ س١٨ ص١٩٣٢ طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٤ق وجاء فيه " إذا كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلا عن باقى الملاك . وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وأنـه تصرف بغير علمهـم فـى حصصهم بالبيع ، فإنهم متى أقروا البيع فإن العقد يسـرى فـى حقهم عمـلا بالمـادة ٤٦٧ من القانون المدنى " .

(٣) انظـر : د. عبدالرزاق السنهورى - المرجـع السـابق ص٢٩٨ ، د.سليمان مرقـس - السابق ص٧٠٨ ، د.أنور سلطان - المرجع السابق فقرة ٤٠٨.

(٤) مع ملاحظة أنه يجب تسجيل إقرار المالك الحقيقى فى بيع عقار الغير نزولا علـى حكم القانون الذى يقضى بعدم انتقال ملكية العقار إلا بالتسجيل المبنى على عقد صحيح .

(٥) انظر : د. حسام لطفى - المرجع السابق ص١٠٧.

يضار بسبب هذا الإقرار ، أي أن المبيع ينقل إلى المشترى محملا بالحقوق التى رتبها عليه مالكها الأصلى قبل إقراره البيع ، " فإذا كان المالك قد رهن العقار المبيع أو رتب عليه حق ارتفاق قبل أن يقر البيع الصادر من الغير ، وكان المرتهن أو صاحب حق الارتفاق قد شهر حقه قبل تسجيل إقرار المالك ، فإن الملكية تنتقل بهذا التسجيل إلى المشترى محملة بحق الرهن أو الارتفاق " (١) . وعندئذ يكون للمشترى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئى (٢).

(جـ) إقرار المالك للبيع يجعل البائع فى حكم النائب عن المالك الحقيقى (٣)، ومن ثم ينصرف أثر العقد إلى الماك بأثر رجعى من وقت البيع بعد أن كان منصرفا إلى البائع ، وتعتبر الإجازة ، اللاحقة هنا كالوكالة السابقة " أي أن إقرار المالك يعد اعتمادا لما قام به البائع ، فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار منه بكل ماالتزم به البائع ... وتقوم بينه وبين المشترى علاقة مباشرة ، فيجوز للمالك أن يطالب المشترى بالثمن ، وأن يعرض عليه تسلم المبيع ، ويجوز للمشترى أن يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء ، ويترتب على إقرار المالك البيع وعلى تنفيذه الالتزامات الناشئة منه أن تبرأ أيضا ذمة البائع من هذه الالتزامات ، غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئا من الثمن وجب عليه أن يؤدى عنه إلى المالك حسابا وأن يدفع إليه رصيد

---

(١) د.سليمان مرقس – المرجع السابق – الموضع السابق ، وانظر : د.عبدالناصر توفيق العطار – المرجع السابق ص١٠٥.

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق – الموضع السابق ، د.أنور سلطان – المرجع السابق –فقرة ٤٠٨ ، وانظر :

planiol et ripert (par hamel) ; op. cit No.,55, p.54.

(٣) د. عبدالرزاق السنهورى – هامش(١) ص٢٩٩ ، وانظر د.جميل الشرقاوى – العقود المدنية – البيع والمقايضة والإيجار ط١٩٦٤ ،ص٩٧ ، وقارن د.منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص٢٤٦ الذى يرى أنه يمكن القول بأن المشترى فى حالة إقرار المالك يكون له مدينان بالتضامن : البائع والمالك : ويكون هذان كذلك دائنين للمشترى بالتضمم.

هذا الحساب كما لو كـان وكيـلا عنـه فـى عقـد البيـع ، وإذا أخـل المـالك ببعض التزاماته الناشئة من العقد كان البائع مسئولا معه عن ذلـك لأن ذمتـه لا تبرأ من هذه الالتزامات إلا بالوفاء بها من جانبه أو من جانب المالك الذى أقـر العقد "(١).

١٢٩- ثانيا: تملك البائع للمبيع قبل رفع دعوى الإبطال :

تنص المادة ٢/٤٦٧ من التقنين المدنـى علـى مـايلى : " وكذلـك ينقلـب العقد صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكيـة المبيـع إلـى البـائع بعد صـدور العقد " .

فإذا تملك البائع المبيع بعد صدور العقـد (٢) - كـأن ورث البـائع المـالك الحقيقى أو اكتسب ملكية المبيع من البائع بالشـراء أو الوصيـة أو قضـى للبـائع بملكية المبيع بسبب الالتصاق - فإن المشـترى يمتنـع عليـه البطـلان (٣) ، لأن العائق الذى كان يحول دون تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشترى - وهو عدم ملكيته للمبيع - قد زال وأصبح البائع مالكا ، ومن ثم تنتقل الملكية من تلقاء نفسها إلى المشترى ، وبذلـك يرتفـع الضـرر الـذى كـان يتضـرر منـه المشترى ، ولم يعد هناك مبرر لطلب إبطال البيع ، إذ أن إبطال العقد قد تقـرر لمصلحة المشترى لدفـع الضـرر عنـه ، أمـا وقد زال هـذا الضـرر فقد ارتفـع بالتالى حق طلب الإبطال وينقلب البيع صحيحا نافذا فى حقه بحكم القانون وفقـا لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ وليس بحكم الإجازة من البائع أو غيره (٤).

---

(١) د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٩.

(٢) انظر نقض مدنى فى ١٩٨٨/٥/٨ طعن رقم ١١٧٣ لسنة ٤٢ق وجاء فيه " مفاد نـص المادة ٢/٤٦٧ من القانون المدنى أن بيع ملك الغير ينقلب صحيحا فى حق المشترى إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد " .

(٣) انظر : د. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤١٩ ، د.عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٥ ، د.توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٤.

(٤) انظـر : د.عبدالـرزاق السـنهورى - المرجـع السـابق - الموضـع السـابق ص٢٩٥ ، د.عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٤ ، د.سليمان مرقس - المرجـع السـابق ص٧٠٩ ، د.حسام لطفـى - المرجـع السـابق ص١٠٨ ، د.لاشـين الغيـاتى - المرجـع السابق ص٨٢ ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٨٥/١٢/٢٥ طعن رقـم ١٦١٨ لسنة ٥٠ق . ونقض مدنى فى ١٩٦٧/٤/١٨ مجموعة أحكام النقض س١٦ ص٧٨٠ رقم١١٣ .

وأخيرا تجـــدر الإشـارة إلـى أن البـائع إذا تملك المبيـع قبـــل رفـع دعـــوى الإبطال (١) وسقط بالتـالى حـق المشـترى فـى طلـب الإبطـال - وفقـا للأحكـام السابقة - فإن المبيع ينتقل إلى المشترى محملا بالحقوق التى رتبها عليه مالكـه الأصلى قبل أن تنتقل ملكيته منه إلى البائع (٢).

١٣٠- ثالثا : إجازة المشترى للعقد :

إذا كان حق طلب إبطال بيع ملك الغير قد تقرر للمشترى ليدفـع بـه عـن نفسه الضرر الذى يلحقه من عدم انتقال الملكية إليـه ، فـإن الأمـر مرجعـه إليـه فى استعمال هذا الحق أو عدم اسـتعماله ، فيجـوز لـه أن ينـزل عـن هـذا الحـق صراحة بأن يجيز العقد فيجعله غير قـابل للإبطـال ، ويجـوز أن يكـون نزولـه عنه ضمنيا (٣) كما لو قام بدفع ثمن المبيـع للبـائع أو برهنـه المبيـع للغير بعد علمه أن المبيع غير مملوك للبائع (٤) كما يجوز للمشترى أن يسكت عن طلب

---

(١) ويراعى هنا أن على المحكمة أن تحكم بإبطال البيع إذا رفع المشترى دعوى الإبطـال قبل أيلولة ملكيـة المبيع للبـائع حتـى ولـو أصبـح المبيـع ملكـا للبائع قبل صـدور الحكم النهائى. أنظر فى ذلك Baudry et saignat : op . cit, pp .114-115 . No. 119

(٢) انظر : د.عبدالنـاصر العطـار - المرجـع السـابق ص١٠٥ ، د.محمد كـامل مرسـى - المرجع السابق ص٤٧٧ ، د.احمد نجيب الهلالى ، د.حامد زكى - المرجع السـابق نبذه ١٧٩ ، د.أنور سلطان - المرجع السابق فقرة ٤١٠ ، د. منصـور مصطفى منصـور - السابق ص٢٤٩ .

(٣) انظـر : د.سـليمان مرقـس - المرجــع السـابق ص٧٠٣، د.عبدالـرزاق السـنهورى - المرجع السابق ص٢٩٣ ، د.توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٤ ، د.حسـام لطفـى - المرجـع السـابق ص١٠٨ ، ونقض مدنـى فـى ١٩٨٥/١١/١٠ طعـن رقـم ١٧٢٤لسـنة ٥١ق.

(٤) راجع د.عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٣ وانظر نقـض مدنـى فـى ٤ينـاير سنة ١٩٦٣ ، مجموعة أحكام النقض س١٤ ص٢٩٨ ، ونقض مدنى فى ١٩٨٣/٤/٢٠ س٣٤ ص١٠٢٢ طعن رقم ١٧٢٢ لسنة ٤٩ق وجاء فيه أن " بطلان بيـع ملك الغير - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - مقرر لمصلحـة المشترى ، ولـه دون غيره أن يطلب إبطال العقد كما له أن يجيزه ... " .

الإبطال حتى يسقط بالتقادم كما هو الشأن في سقوط سائر الحقوق المماثلة ، وهذا هو مانصت عليه المادة ٢/٤٦٦ من القانون المدنى بقولها " وفى كل حال لايسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد " .

وإذا أجاز المشترى العقد على النحو السابق ، زالت قابليته للإبطال ، وكان ملتزما بدفع الثمن والمصروفات للبائع ، وتسلم المبيع ، ويكون البائع ملتزما بنقل ملكية المبيع وبتسليمه ، وبضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية (١) إلى غير ذلك من الالتزامات التى تقع على البائع فى عقد البيع .

ولكن لما كان المبيع لازال مملوكا لغير بائعه ، ومن ثم لا يستطيع البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشترى فإن المشترى يستطيع أن يطلب فسخ العقد إذا عجز البائع عن تسليمه له أو لم يتم نقل ملكيته له (٢) ، كما يجوز له أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعرض له المالك الحقيقى (٣) وحكم له باستحقاقه .

١٣١- رابعا : تملك المشترى للمبيع بالحيازة :

يأبى المنطق القانونى السليم إلا أن يقرر إهدار حق المشترى فى طلب إبطال بيع ملك الغير إذا تسلم المبيع وحازه بحسن نية (٤)، وعليه أن يتمسك

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٤ ، وانظر : هامش (١) بذات الصحيفة حيث يرى سيادته أن " الفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع : أن دعوى الاستحقاق لا يرفعها المشترى إلا إذا تعرض له المالك الحقيقى فعلا وطالبه برد المبيع ، أما دعوى الإبطال فيرفعها المشترى حتى قبل تعرض المالك الحقيقى له ، على أن المشترى بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقى يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ " .

(٢) د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٤ ، ونقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٧٧ - مجموعة أحكام النقض س٢٨ ص٢١١ .

(٣) انظر : د.عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٤ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٩٤.

(٤) انظر نقض مدنى فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض س١٥ ص٦١٤ رقم ٩٦،وهذه الأحكام تقضى بأن سوء النية المانع من اكتساب الملكية بالتقادم الخمسى=

بالأثر المكسب للحيازة ، فإذا كان المبيع منقولا وحازه المشترى بحسن نية اكتسب ملكيته وفقا لشروط قاعدة " الحيازة فى المنقول سند الملكية " ، وإذا كان المبيع عقارا ، جاز له التمسك بالتقادم المكسب قصير المدة – أو طويل المدة بحسب الأحوال بعد حيازته للمبيع خمس سنوات بحسن نية [١]وكان البيع مسجلا [٢].

أي أن المشترى يجوز له – فى كلتا الحالتين السابقتين –أن يعتبر نفسه مالكا عن طريق الحيازة – بتوافر شروطها فى المنقول والعقار – وأن يدفع بذلك دعوى الاستحقاق التى قد يرفعها المالك الحقيقى ، وبذلك تخلص له ملكية المبيع ، ويرتفع عنه الضرر الذى لحق به بسبب عدم ملكية البائع للمبيع وقت العقد ، وينتفى بذلك مبرر طلب البطلان الذى منحه القانون إياه مع ملاحظة أن المالك الحقيقى يستطيع فى هذه الحالة – حفظا لحقه – أن يرجع على البائع بالتعويض [٣] وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن . وذهب بعض الفقه [٤] إلى عكس ما تقدم حيث يرى أن المشترى إذا تملك المبيع بالحيازة فى المنقول أو العقار – بالشروط السابقة – لايسقط حقه فى طلب الإبطال ، لأن التملك بالحيازة أو بالتقادم لا يتم إلا إذا تمسك المشترى بملكيته للمبيع عن طريق هذا

=مناطه ثبوت علم المتصرف إليه (المشترى) وقت تلقى الحق (م٩٦٠مدنى) بعدم ملكية المتصرف لما تصرف فيه أو قيام أدنى شك لديه فى ذلك ، ويدخل تقدير ذلك فى سلطة قاضى الموضوع (انظر فى ذلك : نقض مدنى فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٨٨ طعن رقم ٣٠٤ لسنة ٥٥ق) .

(١) انظر د.سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧١٠ ، د.عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٤١٩ ، د. حسام لطفى – المرجع السابق – الموضع السابق ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٧٧/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض س٢١ ص٧٤٨ رقم ١٢١ .

(٢) انظر نقض مدنى فى ١٩٦٤/٤/٣٠ – مجموعة الأحكام س١٥ ص٦١٤ رقم ٩٦ .

(٣) راجع د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧١١ ، د. توفيق فرج – المرجع السابق ص١٢٨ ، وانظر د.عبدالرزاق السنهورى – السابق ص٢٩٧ هامش (٣) .

(٤) انظر د.منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص٢٥٠ ومابعدها ، د.لبيب شنب – أحكام عقد البيع ط ١٩٧٥م ص٦٨.

السبب أو ذاك ، وهذا التمسك لا يمكن أن يجبر المشترى عليه لأنه قد يرى مصلحته فى التمسك بالإبطال مع توافر الحيازة .

بيد أننا لا نملك إلا ترجيح الرأي الأول القائل بسقوط حق المشترى فى طلب البطلان إذا حاز بحسن النية - المبيع وكسب ملكيته استنادا إلى واقعة الحيازة ، ومرد إغفال حق المشترى فى طلب الإبطال هنا هو احترام البيع باعتباره سببا صحيحا بمقتضاه يتملك المشترى المبيع ، وعلى هذا الأساس يظل حق المشترى قائما فى طلب الإبطال إذا آلت ملكية المبيع إليه استنادا إلى سبب آخر غير متصل بواقعة الحيازة كالشراء من الغير ، (المالك الحقيقى مثلا)(١). أو تملكه بالتقادم وتمسك به .

وخلاصة القول : أن بيع ملك الغير إذا تعلق بمنقول وكان المشترى حسن النية اكتسب ملكية المبيع فورا على أساس قاعدة " الحيازة فى المنقول سند الملكية " . وإذا كان سيئ النية لا يمكنه تملك المبيع إلا بالتقادم الطويل، وإذا كان المبيع عقارا وحازه المشترى بحسن نية تملكه بالتقادم الخمسى ، وفى جميع الأحوال التى يكون المشترى فيها سيئ النية يكون للمالك الرجوع على البائع بالتعويض فقط لأنه لا يمكنه استرداد المبيع من تحت يد الحائز (٢).

وتجدر الإشارة إلى أنه ينبغى أن يراعى فى ظل قانون السجل العينى - عند تطبيقه - أنه لايجوز التمسك بالتقادم إلا وفقا لما هو ثابت بالسجل (٣) . وتقضى المادة ٣٨ من قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بأنه بالنسبة لما يتم قيده فى السجل يفرق بين من حاز للعقار بسبب صحيح ، وبين من حاز للعقار بسبب غير صحيح ، **ففى الحالة الأولى** : يكتسب حق القيد بمرور خمس سنوات ، **وفى الحالة الثانية** : لا يكتسب حق القيد إلا بمرور خمس عشرة

---

(١) د. حسام لطفى - المرجع السابق ص١٠٨ ، د.توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٨، د.سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧١١ ، د.عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٥.

(٢) انظر فى ذلك : د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٨.

(٣) انظر فى ذلك المادة ٣٧ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بنظام السجل العينى.

سنة، وفى هذه الحالة يقبل قيد الحقوق فى السجل استنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية متى توافرت الشروط التى ينص عليها القانون [(١)] .

١٣٢- خامسا : سقوط حق المشترى فى طلب الإبطال إذا تملك المبيع بالتقادم :

ذهب جمهور الفقه المصرى [(٢)] إلى أن حق المشترى يسقط فى طلب الإبطال بالتقادم طبقا للقواعد العامة ، التى تقضى بأن تحتسب مدة التقادم بمضى ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بأن البائع لا يملك المبيع وليس نائبا عن مالكه ، أو بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع إذا لم يعلم المشترى خلالها أنه اشترى من غير مالك ، وذلك قياسا على سائر دعاوى الإبطال .

بينما ذهب بعض الفقه إلى أن " المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكما للتقادم خاصا بهذا الحق ، فتسرى عليه الأحكام العامة ، غير أن المادة ١٤٠ مدنى مصرى [(٣)] – التى حددت مدة تقادم دعوى الإبطال بثلاث سنوات قد عنيت فى كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس

---

(١) راجع د. توفيق فرج – المرجع السابق ص١٢٩ .

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع ص٢٨٩-٢٩٠ ، د.منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص٢٥٠ ، د. اسماعيل غانم – المرجع السابق ص١٧،١٨ ، د. عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٠٤ ، د. حسام لطفى – المرجع السابق ص١٠٨،١٠٩ ، د.توفيق فرج – المرجع السابق ص١٢٤ ، وانظر : Planiol et ripert (par hamel) : op . cit , pp. 51-52- No: 48, - Baudry et saignat : ap. cit , No. 119, p.112.

(٣) وهى تنص على : " (أ) يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

(ب) ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد " .

أو انقطاع الإكراه ، أو زوال نقص الأهلية ، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير ، فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، وبأن الحق فى رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضى ثلاث سنوات ، لأن المشرع لم يأخذ بهذه المادة الأخيرة إلا فى الحالات التى حدد فيها مبدأ لهذه المدة تاليا لوقت إبرام العقد أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة (١) .

ومع وجاهة هذا الرأي وقوة منطقه إلا أن لا يسعنا إلا ترجيح الرأي الأول القاضى بأن مدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير تسقط بمضى ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بأن البائع أو نائبه غير مالك للمبيع أو بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع إذا لم يعلم المشترى خلالها ذلك ، لأن المواد ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ من التقنين المدنى المصرى جاءت صياغتها عامة تشمل جميع العقود القابلة للإبطال أيا كان سبب الإبطال ، والعام يبقى على عموميته مالم يرد ما يخصصه ، ومن ثم يدخل فى نطاق هذه العقود بيع ملك الغير ، ويسقط حق المشترى فى إبطال هذا البيع بمضى ثلاث سنوات ، وفقا للمادة ١/١٤٠ مدنى ، ولما كانت المادة ٢/١٤٠ مدنى لم تحدد مبدأ سريان التقادم بالنسبة لبيع ملك الغير ، وجب القول بأن التقادم فى حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه إلا من وقت علم المشترى بأن البائع أو نائبه لا يملك المبيع ، وذلك قياسا على الأحوال التى حدد فيها النص مبدأ سريان التقادم ، وهذا المبدأ يكون عند تمكين صاحب الحق فى الإبطال من رفع الدعوى ، وهو بطبيعة الحال علم المشترى بأنه اشترى من غير مالك ، وقياسا أيضا على الحالات المتقدمة – الغلط والتدليس والإكراه – تسقط دعوى الإبطال كذلك بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير . " وليس صحيحا أن مدة الثلاث سنوات تبدأ دائما من وقت تال لإبرام العقد ، فقد تبدأ من وقت إبرام العقد ، كما إذا انقطع الإكراه بمجرد تمام العقد ، فتتقادم دعوى الإكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت ، وكما إذا كان المشترى فى بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع ، فتتقادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صدور البيع " (٢) .

---

(١) د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٠٤.

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى –المرجع السابق هامش (١) ص٢٩٠ ، د.اسماعيل غانم – المرجع السابق ص١٨.

المبحث الثاني

آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى

١٣٣- عدم سريان بيع ملك الغير فى حق المالك الحقيقى :

يجمع الفقه (١) والقضاء (٢) المصرى ، على أن المالك الحقيقى فى بيع ملك الغير أجنبى عن العقد ، وغيرا بالنسبة للبيع الصادر من سواه ومن ثم فهو لايضار به ، ولا يتأثر به ولا ينفذ فى مواجهته ، إذ العقد يعتبر لا أثر له بالنسبة له ، ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع أي من (البائع والمشترى) أن يرتب فى ذمة المالك أية حقوق أو يحمله أية التزامات ، ومن ثم لا تنتقل الملكية منه إلى المشترى دون رضاه ، وقد نصت المادة ٢/٤٦٦ على ذلك صراحة بقولها " وفى كل حال لا يسرى هذا البيع فى حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد " . فسواء أجاز المشترى العقد أو لم يجزه ، فإن

---

(١) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٦-٢٩٧ فقرة ١٦٥ ، د.عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤٢٠ فقرة ٢٩١ ، د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٥ فقرة ٢٩٤ ، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٧ فقرة ٨٠ ، د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص٢٤٤ ، فقرة ١١٣ ، د.عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٦ فقرة ٢٥٠ ، د.حسام لطفى - المرجع السابق ص١٠٩.

(٢) انظر نقض مدنى فى ١٩٨٢/١١/٧ طعن رقم ٨٠٢ لسنة ٤٩ق ، وجاء فيه " مؤدى ما نصت عليه المادة ٤٦٦ ، ٤٦٧ من القانون المدنى فى شأن بيع ملك الغير ، أن البيع لا يسرى فى حق مالك العين ولا يترتب عليه نقل الملكية للمشترى ، ولو وقع على عقار سجل العقد أو لم يسجل ، ولو أجاز المشترى العقد إلا إذا أقر المالك البيع أو آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد " .

ونقض مدنى فى ١٩٩٠/٧/٢٥ طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥ق ، وجاء فيه " ... أما بالنسبة للمالك الحقيقى - فى بيع ملك الغير فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمنا ، فإذا لم يقره كان التصرف غير نافذ فى حقه مما مفاده أن بطلان التصرف أو عدم نفاذه هو أمر غير متعلق بالنظام العام ، بل هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فيه ولا يجوز لغيره التمسك به " وانظر فى هذا المعنى : نقض مدنى فى ١٦ يونية سنة ١٩٨٥ طعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ق ، ونقض مدنى فى ٣١ مايو سنة ١٩٨٥ س٣٥ ص١٥٣٩.

المالك الحقيقي أجنبى عن العقد ، فـلا يسـرى فى حقـه ، ومـن ثـم تبقـى ملكيـة المبيع له إذا لم يقر البيع ولا تنتقل الملكية منـه إلـى المشـترى حتـى ولـو أجـاز المشترى البيع فانقلب صحيحا بين عـاقدين ، إذ لا أثـر لهـذه الإجـازة فـى حـق المالك [١] ، ويظل العقد مع هذه الإجازة عاجزا عن نقل الملكية إلى المشترى، أي أنه يظل غير نافذ فى حق المالك الحقيقـى [٢] ، ففـى جميـع الأحـوال تبقـى الملكية للمالك مـالم يفقدهـا نتيجـة اكتسـاب المشـترى لهـا بقـاعدة " الحيـازة فـى المنقول سند الملكية " أو بالتقادم الخمسـى أو التقـادم الطويـل حسـب الأحـوال ، كما مر بيانه فى حينه [٣] .

ولكن ما الحكم لو تسلم المشترى المبيع وحـازه ؟ هذا مـا سنبينه فـى البند التالى :

١٣٤- أثر تسليم البائع المبيع للمشترى :

إذا كانت إجازة العقد من قبل المشترى لا أثر لهـا فـى حـق المـالك الـذى يظل – معها – أجنبيا عن العقد ولا يسـرى البيـع فـى حقـه ، إلا أن ذلـك ليـس معناه أن عقد بيع ملك الغير لا يضر بالمالك الحقيقى فى جميـع الأحـوال ، لأن عقـد البيـع يعتـبر صحيحـا يمكـن الاستنـــــاد إليـه لكسـب الملكيـة عـن طريـق الحيازة [٤] ، فإذ كان المبيع منقولا وتسلمه المشترى بحسن نية بناء على العقد

---

(١) ولو أنها تجعل العقد غير قابل للإبطال بالنسبة للمشترى كما تقدم فى موضعه .

(٢) راجع د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٠٥ ، د. منصـور مصطفـى منصـور – المرجع السابق – الموضع السابق ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنـى ج٤ ص١٩٤ حيث جاء فيها " ميز المشرع تمييزا دقيقا بين حكم بيع ملك الغير فيما بيـن المتعاقدين وهو البطلان ، وحكمه بالنسبة للمالك الحقيقى وهو عدم سريان العقد فى حقـه حتى لو أجازه المشترى " .

(٣) انظر بند ١٣١ ص١٩١-١٩٣ من هذا البحث .

(٤) انظـر فـى ذلـك : د.توفيق فـرج – المرجـع السـابق ص١٢٨ ، د. سـليمان مرقـس – المرجع السابق ص٧٠٦.

الصادر من غير مالك للمبيع (١) ، أصبح مالكا له ، وإذا كان سيئ النية تملك المبيع بالتقادم الطويل ، وإذا كان المبيع عقارا وتسلمه المشترى بحسن نية اكتسب ملكيته بالتقادم الخمسى ، وإذا كان سيئ النية اكتسب ملكيته بالتقادم الطويل ، وفى كلتا الحالتين يفقد المالك حقه ، ويكون العقد الذى صدر من غير مالك ذو أثر فعال فى ذلك ، ومن أجل دفع الضرر عن المالك أجاز القانون له إذا سلم البائع المبيع إلى المشترى أن يرجع على الأخير بدعوى الاستحقاق ، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض (٢)، وأن يطلب طرد المشترى من العقار الذى لم يسجل .

وذلك على النحو التالى :

(أ) إذا كان المشترى قد تسلم المبيع ولم يسجل عقده كان للمالك الحقيقى أن يطلب طرده منه (٣) ، وله حق المطالبة بريع المبيع عن المدة التى وضع المشترى فيها يده عليه (٤).

(ب) ما الحكم لو تسلم المشترى المبيع وكان قد سجل عقده ؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول : أن من القواعد المستقرة فى الفقه والقضاء، أن تسجيل عقد البيع لا يخرج بذاته ملكية العقار عن صاحبه ومن ثم فلا بد أن يستند التسجيل إلى عقد صحيح حتى تنتقل الملكية إلى المشترى .

والعقد فى حالة بيع ملك الغير غير صحيح ، ومن ثم فلا أثر لهذا

---

(١) انظر المادة ٩٧٦ مدنى .

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق ص٢٩٦ ، د. عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٠٧ ، د.سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٠٦ ، د. توفيق فرج – المرجع السابق ص١٢٧.

(٣) د. عبدالناصر العطار – المرجع السابق ص١٠٦.

(٤) انظر نقض مدنى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٧٩ ، مجموعة أحكام النقض س٣٠ ص٣٦٣ طعن رقم ٩٨ لسنة ٤٦ق ، وجاء فيه " ... أما إذا كانت الملكية مازالت باقية للمالك الحقيقى لعدم تسجيل عقد البيع ، فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشترى من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ فى مواجهته ، وأن يطلب الريع عن المدة التى وضع المشترى فيها يده على ملك غير البائع له ..

التسجيل فى حق المالك ، ويبقى للمالك الحقيقى حق التمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه إذا كان العقد قد سجل [(١)]، وجاء بعض أحكام القضاء المصرى فى هذا الصدد مؤيدة لهذا المنطق ، حيث جاء فى حكم لمحكمة النقض أنه " لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى إلا إذا كان البائع ما لكا لما باعه ، إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشترى وحده ،ولا يسرى فى حق المالك الحقيقى... " [(٢)].

(جـ) إذا كان عدم سريان العقد فى حق المالك الحقيقى فى حالة تسلم المشترى المبيع وقد سجل عقد البيع الذى يكتنفه شيئ من الغموض ، فقد فطن المشرع إلى ذلك وأضاف -جلاء لهذا الغموض - أن من حق المالك الحقيقى - فوق ذلك - أن يطلب استرداد المبيع من تحت يد المشترى بدعوى استحقاق ويقضى له باسترداده مالم يكن المشترى قد تملك هذا المبيع بالحيازة [(٣)] . لأن ملكية المبيع لا زالت للمالك الحقيقى ، بل إن للأخير أن يطالب البائع - فوق ذلك بالتعويض ، إذا كان سيئ النية [(٤)] ، أو كان حسن النية ولم يتحرز فى بيعه [(٥)] . فإذا استحق المبيع فى يد المشترى على النحو السابق كان بالخيار بين فسخ البيع أو بإبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق [(٦)] .

---

(١) وقد حكم بأنه " وإن كان لا يجوز طلب إبطال بيع ملك الغير إلا للمشترى دون البائع له، إلا أن المالك الحقيقى يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف فى حقه أصلا إذا كان العقد قد سجل ... " نقض مدنى فى ١٩٧٩/١/٢٤ المشار إليه فى الهامش السابق .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٦٨/٤/١٨ طعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ق .

(٣) انظر فى ذلك د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٧ ، د. توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٧ ، د. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤٢٠.

(٤) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٦ ، د.لاشين الغياتى - المرجع السابق ص٨٦ ، د.سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٦ .

(٥) د. عبدالناصر توفيق العطار - المرجع السابق ص١٠٧.

(٦) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى " وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك=

(د) إذا كان المشترى من غير مالك حسن النية لا يستطيع المالك أن يرجع عليه بالتعويض ، ولا بقيمة ثمار البيع لأن المشترى يتملك الثمار بالحيازة ما دام حسن النية ، بيد أن المشترى إذا تملك المبيع بسبب غير العقد - كالحيازة أو التقادم - استحال على المالك الحقيقى أن يسترد المبيع من تحت يده [١] ، ومن ثم لم يبق للمالك من طريق إلا أن يرجع على البائع بالتعويض بسبب ما أصابه من ضرر بسبب فقده للمبيع ، كما يرجع عليه بالتعويض المستحق عن قيمة الثمار التى ماكها المشترى بحسن نية بموجب حيازته للمبيع حتى ولو لم يكسب المشترى المبيع ، كما أن للمالك الحقيقى أن يرجع على البائع بقيمة الثمار حتى ولو لم يتملك المشترى المبيع ولا الثمار [٢] ، ويكون التعويض بقدر قيمة هذه الثمار [٣] ، " ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع وبخاصة إذا كان سيئ النية ، كما أن حسن النية لا ينفى أن يكون البائع قد ارتكب خطأ حين باع شيئا لم يتحرز فى بيعه ، أما إذا ثبت حسن نية البائع وعدم ارتكابه أي خطأ لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض ، كما لو باع شيئا من تركة مورثه بناء على اعتقاده بحسن نية أنه ورث ما باعه"[٤].

=الغير وضمان الاستحقاق ، فإن الاستحقاق إذا كان كليا كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئا مملوكا لأجنبى ، ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير ، ويترتب على ذلك أن المشترى فى بيع ملك الغير يكون بالخيار ، إذا استحق المبيع فى يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله ، أو الرجوع بضمان الاستحقاق ، ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو اختار إبطال العقد " مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٩٤ .

(١) Baudry et saignat ; ap. cit. No. 125.

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٧.

(٣) انظر استئناف مصر فى ١٩٣١/٤/٢٣ - المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٣٨ .

(٤) د. عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٧.

١٣٥- إقرار المالك للبيع :

سبق أن ذكرنا [١] أن إقرار المالك الحقيقى للعقد يجعل العقد ساريا فى حقه ويبطل حقّ المشترى فى طلب الإبطال ، ويمكن الاحتجاج بهذا الإقرار عليه من وقت الإقرار لا من وقت صدور البيع على ماعرفنا سابقا فى هذا الشأن ، وبالتالى لا يحق للمالك بعد ذلك أن يمتنع عن تسليم المبيع للمشترى - إذا كان الأخير لم يتسلمه - أو أن يتعرض له فيه ، أو أن يطالب باسترداده ، ولا يحق له أن يتصرف فى المبيع بعد هذا الإقرار [٢] ، ويترتب على هذا الإقرار كذلك أن ينقلب العقد صحيحا فى حق المشترى وإليه تنتقل الملكية من تاريخ إقرار المالك للعقد أو من تاريخ تسجيل العقد إذا كان المبيع عقارا ، ولا يملك المشترى بعد صدور الإقرار من المالك طلب إبطال العقد على نحو ما بيناه تفصيلا فى المطلب السابق[٣] ، كما أن انتقال الملكية إلى المشترى بعد الإقرار لا يضر بالحقوق التى كسبها الغير من المالك قبل صدوره ، فالملكية تنتقل إلى المشترى محملة بكل الحقوق التى رتبها مالكها عليه قبل أن تنتقل ملكيته منه إلى البائع أو قبل إقراره البيع . على النحو السابق بيانه فى حينه .

وقد سار التساؤل بعد ذلك عن التكييف القانونى لإقرار المالك الحقيقى للبيع ؟ هل يحل المالك بهذا الإقرار محل البائع فى كل حقوقه والتزاماته ، أم أن إقرار المالك يكون بمثابة اتفاق جديد بينه وبين البائع والمشترى فتتكون بهذا الاتفاق علاقة ثلاثية من نوع خاص ؟ أم أن إقرار المالك هو عبارة عن تعهد منه بالوفاء بما التزم به المدين البائع ؟ هذا ما سنجيب عنه فى البند التالى .

١٣٦- التكييف القانونى لإقرار المالك للبيع :

تضاربت آراء الفقهاء حول تكييف العلاقة الثنائية بين كل اثنين من

---

(١) انظر بند ١٢٨ ص ١٨٤-١٨٩ من هذا البحث .

(٢) د.عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٧ ، د.سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٨ ، د.عبدالرزاق السنهورى - المرجع السابق ص٢٩٨.

(٣) انظر بند ٢٨ ١ من هذا البحث وأحكام النقض المشار إليها ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج٤ ص١٩٣.

أطراف هذا الواقع الناشئ عن إقرار المالك الحقيقى لبيع ملك الغير ، وبالتالى حول مدى حقوق والتزامات كل طرف نحو الآخر ؟

غير أنه يجب فى البداية أن تستبعد من نطاق هذه الجزئية ذلك الاتفاق الثلاثى الذى يتم بين المالك والبائع والمشترى ، ويفرغ فى هذا الاتفاق إقرار المالك الحقيقى للبيع الصادر من الغير ، لأن هذا الاتفاق هو الذى يتولى تنظيم علاقة كل طرف بالآخر ، ويحدد حقوق والتزامات الجميع بعضهم قبل بعض ومن ثم يكون هذا الاتفاق الثلاثى عقدا جديدا يتم تكييفه وفقا لمضمونه " فقد يكون بيعا من المالك إلى البائع الأول ، وحلول المشترى محل هذا الأخير ، أو حوالة عقد البيع الأول إلى الملك الحقيقى من البائع الأول وقبول المشترى هذه الحوالة ، أو اعتبار المالك الحقيقى مدينا متضامنا مع البائع لصالح المشترى " (١) .

وبناء على ماتقدم فإن صدور الإقرار من المالك الحقيقى للبيع بإرادته المنفردة هو الذى تضاربت بشأنه آراء الفقهاء. فذهب بعضهم (٢) إلى القول بأنه يترتب على الإقرار حلول المالك (المقر) محل البائع فى جميع حقوقه والتزاماته ، ومن ثم تقوم علاقة مباشرة بينه وبين المشترى ، ويكون للأخيرحق مطالبة المالك المقر بتسليم المبيع له ، والرجوع عليه بالضمان إذا وقع له تعرض ، أو استرد المبيع من تحت يده ، أو كشف به عيبا ما .

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه يخرج البائع من العقد كما لوكان وكيلا لا تنصرف آثار العقد إليه ، وهو أمر لا يمكن التسليم به دون نص تشريعى يقرره ، كما يؤخذ على هذا الرأي ، أنه استبدل بمدين المشترى – البائع– مدينا آخر بمجرد الإرادة المنفردة للمالك دون توقف على قبول الدائن الذى قد يضار بسبب إعسار المالك إذا أخل بتنفيذ التزام نقل الملكية ، أو إذا كان قد رتب حقا عينيا على المبيع قبل صدور الإقرار (٣).

---

(١) عزت حنورة – سلطة القاضى فى نقض وتعديل المعاملات ط١٩٩٤ – ص١٥٥ .

(٢) د. عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٤٢١ فقرة ٢٩٢ ، د. سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٠٨-٧٠٩ ، د. عبدالرزاق السنهورى – المرجع السابق ص٢٩٨ ، د. حسام لطفى – المرجع السابق ص١٠٧ ، د. جميل الشرقاوى – المرجع السابق ص٩٧ .

(٣) انظر فى ذلك : عزت حنورة – السابق ص١٥٥.

ولهذه الأسباب ذهب البعض الآخر من الفقه (١) إلى القول بأن المشترى فى حالة إقرار المالك الحقيقى للبيع يكون له مدينان بالتضامم هما مدينه الأصلى (البائع) ومدينه الجديد الذى انضم إليه وهو المالك الحقيقى المقر بالبيع .

بيد أنه أخذ على هذا الرأي أنه نظر إلى البائع فقط كمدين بمجموعة من الالتزامات ينضم إليه المالك الحقيقى فى تحملها ، ولم يتطرق إلى تكييف موقف المالك بالنسبة للحقوق التى قد تكون للبائع وناشئة عن العقد ، وهل سيكون ضميما أيضا للبائع فيها قبل المشترى الذى يكون له حينئذ دائنان بها ، بحيث يستطيع الوفاء بهما لأيهما ؟ (٢).

وذهب رأي ثالث (٣) إلى القول بأن أثر إقرار المالك الحقيقى للبيع هو إزالة العقبة التى كانت تحول دون نقل الملكية ، ومن ثم يبقى المالك أجنبيا عن العقد ويبقى البائع ملتزما وحده بكل الالتزامات الناشئة عن العقد ، فيكون ملتزما بنقل الملكية التى تكون قد انتقلت بإقرار المالك ، ويكون ملتزما بضمان الاستحقاق ، وضمان التعرض ، وضمان العيوب الخفية ، ويبقى المشترى ملتزما نحوه بالثمن .

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه أغفل تكييف إقرار المالك وما هو نوع العلاقة التى تنشأ بينه وبين كل من البائع والمشترى ؟ خاصة وأن الإقرار لا يمكنه بذاته نقل الملكية فى العقارات ، بل يستوجب القيام من المالك بأعمال أخرى .

وذهب رأي رابع (٤) إلى أن إقرار المالك الحقيقى لبيع ملك الغير هو بمثابة " تعهد منه بالقيام بالوفاء بالالتزام المدين به البائع وهو نقل ملكية المبيع وما يتبع ذلك من ضمان التعرض والاستحقاق ، وهو التزام من المالك بالإرادة

---

(١) انظر فى ذلك د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص٢٤٦ فقرة ١١٣ .

(٢) عزت حنورة - المصدر السابق ص١٥٦.

(٣) محمد كمال عبدالعزيز - التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء ج٢ ط١٩٨٠ ص٤٣٣، د. محمد لبيب شنب ، مجدى صبحى - المرجع السابق ص٩٢ .

(٤) عزت حنورة - المرجع السابق ص١٥٦.

المنفردة رخص به المشرع ، ويتعلق به حق المشترى فى استيفائه من المالك جبرا عليه ، ولا يترتب على هذا التعهد خروج البائع من عقد البيع ، بل يظل العقد قائما بين طرفيه الأصليين البائع والمشترى ، ملزما كل منهما بكافة الالتزامات قبل الآخر ، وإلى جانب هذا العقد .

يقوم ذلك التعهد الصادر من المالك وهو تصرف مستقل بكيانه ، يعطى المشترى الحق فى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزاماته وهو القيام بالوفاء العينى والتزام البائع بنقل ملكية المبيع ، فإذا لم ينفذ البائع تعهده ، كان للمشترى المتعهد له الحق فى المطالبة بالتنفيذ العينى جبرا على المتعهد ، أو المطالبة بالتعويض منه إذا استحال التنفيذ عينا ، أما إذا قام المالك بتنفيذ ما ألزم به نفسه فإنه يكون قد قام – بدلا من البائع – بالوفاء بالتزام نقل الملكية للمشترى، يكون قد أوفى بدين لم يكن هو المدين به أصلا ، ونتج عن هذا الوفاء بالدين الأصلى ، أن ذمة المدين به (البائع) قد برئت من هذا الدين – وبذلك أثرى هو وافتقر المالك بالقيمة الفعلية للمبيع ، فحق للمالك الرجوع على البائع مباشرة بدعوى الإثراء بلا سبب كما يجوز له مطالبة المشترى بما قد يكون عليه للبائع ، أي بوصف المشترى مدين المدين ، وذلك بالدعوى غير المباشرة " (١) .

ونحن نرى أن هذا الرأي محل نظر من جوانب عديدة أهمها :

(أ) بتفحص هذا الرأي نجد أنه عبارة عن جماع الآراء السابقة ، ولما لم يكن هناك اتساق بينها ، جاء هذا الرأي بعيدا عن المنطق القانونى والتركيب اللغوى السليم لأنه حاول أن يربط بين آراء متضاربة فجاء غير مقبول وغير معقول .

(ب) إذا كان هذا الرأي يرى أن إقرار المالك الحقيقى للبيع هو عبارة عن " تعهد منه بالقيام بالوفاء بما التزم به المدين البائع فما هو الفرق بين ذلك وبين نظرية " الحلول " التى ترى أن إقرار المالك يعد اعتمادا لما قام به البائع (١) أي أن البائع يحل محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته

---

(١) عزت حنوره – المرجع السابق ص١٥٦-١٥٧.

(٢) انظر : د.سليمان مرقس – المرجع السابق ص٧٠٩ ، د.عبدالمنعم البدراوى – المرجع السابق ص٤٢١.

في العقـــد؟ .

(جـ) كيف يظل العقد قائما بين طرفيه البائع والمشترى مع وجود التعهد الصادر من المالك الذى يعطى للمشترى حق التنفيذ العينى جبرا عنه بموجب هذا التعهد إذا نكل المالك عن التنفيذ ؟ فالمشترى هنا بموجب إقرار المالك تقوم بينه وبين المالك علاقة مباشرة وتبرأ ذمة البائع من كل الالتزامات الناشئة عن عقد البيع ، وتقترب هذه الحالة من حالة الفضالة عندما يقرر ب العمل تصرف الفضولى (١).

وتأسيسا على ما تقدم :

فإننا نميل إلى ترجيح الرأي الأول القائل بأنه يترتب على الإقرار حلول الملك المقر محل البائع من وقت صدور الإقرار فى جميع حقوقه والتزاماته ، وفقا للمادة ٢/٤٦٧ مدنى مصرى ، وتقوم بينه وبين المشترى علاقة مباشرة ، حيث يجوز للمالك أن يطالب المشترى بالثمن ، وأن يعرض عليه تسليم المبيع، وفى مقابل ذلك يجوز للمشترى أن يطالب المالك بتسليمه المبيع ، وأن يرجع عليه بضمان التعرض وضمان الاستحقاق ، وضمان العيوب الخفية ، وتبرأ ذمة البائع من كل هذه الالتزامات بموجب إقرار المالك للبيع على النحو السابق بيانه فى حينه (٢).

---

(١) انظر فى ذلك : د.عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص٤٢١ ، د.عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص١٠٧ ، د.توفيق فرج - المرجع السابق ص١٢٧ ، د.سليمان مرقس - المرجع السابق ص٧٠٧ ، د.حسام لطفى - المرجع السابق ص١٠٧، وانظر تطبيقا لذلك : نقض مدنى فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٨ طعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٢٥ق ، ونقض مدنى فى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام النقض س١٩ ص٥٩٣ رقم ٨٩ ، ونقض مدنى فى ١٩٦٧/١٢/٢٨ - المجموعة السابقة س١٨ ص١٩٣٢ ، ونقض مدنى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٦٨ - المجموعة السابقة س١٩ ص٧٨٠ رقم ١١٣ ، ونقض مدنى فى ٢٠ يناير سنة ١٩٨٨ طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ق .

ـى الآثار التى تترتب على إقرار المالك للبيع بند١٢٨ص١٨٥-١٨٩من هذا

المبحث الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين . وبالنسبة للمالك الحقيقى

١٣٧- توضيح :

تحدثنا فى الفصل الأول من هذا الباب عن آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للمالك الحقيقى فى الفقه الإسلامى ، ثم اتبعنا ذلك بفصل مستقل فى بيان هذه الآثار فى القوانين الوضعية ، وقد آثرنا أن نخصص للمقارنة بين الفقه الإسلامى والقوانين الوضعية مبحثا مستقلا حرصا على الترابط بين جزئيات البحث وحتى لا يتشتت ذهن القارئ إذا ما اتبعنا كل بند فى الشريعة ببند فى القانون ثم المقارنة بين كل جزئية على حده . آملين من الله التوفيق والسداد .

١٣٨- أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى آثار بيع ملك الغير بوجه عام :

أولا : اتضح من خلال البحث أن القانون الوضعى يختلف عن الفقه الإسلامى فى أن الأول يعتبر بيع ملك الغير صحيحا – فى الأصل – فيما بين طرفيه وتترتب عليه آثاره إلى أن يتقرر إبطاله بناء على طلب بناء على طلب صاحب الشأن وهو المشترى ، بينما يقرر الفقه الإسلامى فى رأي إلى أن بيع ملك الغير صحيح متوقف على إجازة من له الحق فى الإجازة وهو المالك ، وفى رأي آخر – وهو ما رجحناه بالأدلة والبراهين – أنه عقد باطل لاينتج أي أثر فيما بين المتعاقدين أو الغير لتعلق حق الغير بالمحل .

ثانيا : استبان من البحث أن جمهور فقهاء المسلمين – وفقا للرأي القائل بأن بيع ملك الغير موقوف على إجازة المالك – يتفق على أن مالك الشيئ أو وكيله أو وليه – هو الذى له حق إجازة هذا البيع فإذا أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل ، بينما يقرر القانون الوضعى فقها وقضاء أن بيع ملك الغير هو بيع قابل للإبطال لمصلحة المشترى ، فهو وحده له حق طلب إبطال بيع ملك الغير ، ويرى نفر قليل من الفقه القانونى أن البائع له حق طلب إبطال هذا البيع استنادا

إلى قواعد الغلط ، كما يجمع الفقه القانونى المصرى على أن المالك الحقيقى ليس له طلب إبطال هذا النوع من البيع بحجة أنه ليس طرفا فيه ، ولم يتقرر البطلان لحمايته ، وإنما تقرر لحماية المشترى وفقا للمادة ٢/٤٦٦ مدنى مصرى ، والقضاء المصرى يسير فى معظم أحكامه على ما ذهب إليه الفقه القانونى فى هذا الصدد .

وفى هذا يختلف القانون الوضعى عن الفقه الإسلامى ، ولا يخفى مدى حسن مسلك الفقه الإسلامى فى هذا الشأن ، ومجافاة المنطق القانون لأبسط مبادئ العدالة ، فمن هو الأجدر بالحماية ؟ المالك الذى علم فجأة أن ماله قد بيع للغير دون علمه ودون إذنه ، أم المشترى لهذا المال الذى كان عليه أن يتحرى بكل السبل عن مدى ملكية البائع للمبيع قبل إقدامه على شراء المبيع ؟ هذا فضلا عن أن منطق الفقه الإسلامى يسبغ على الملكية الخاصة والعامة ما ينبغى أن يكون لها من حماية ، ويؤدى إلى استقرار المعاملات بين الناس ، وقطع دابر المشاحنات التى تنتج حتما عن بيع ملك الغير ، وخاصة فى حالة خروج المبيع من يد المشترى بالبيع أو الوصية أو الإرث ... الخ ، ومن ثم كان تقرير حق فسخ هذا البيع مقرر للفضولى والمشترى والمالك فى الفقه الإسلامى .

ثالثا : يختلف القانون الوضعى عن الفقه الإسلامى فى تنظيمه لأحكام إجازة بيع ملك الغير من حيث :

(أ) يفرق الفقه الإسلامى بدقة بين إجازة بيع ملك الغير والإذن به ، وإقراره ، فالإجازة فيه هى الرضا بالتصرف بعد وقوعه ، أما الإذن فهو الأمر بالتصرف قبل حصوله ، ويكون لما سيقع مستقبلا ومن يملك الإذن يملك الإجازة ، أما الإقرار فهو يرد على عقد صحيح ، ويكون من شخص غير طرف فى العقد يريد به أن يجعله ساريا فى حقه بعد أن كان من الغير لا يتعدى أثره ، بينما جاءت هذه الإصطلاحات فى فقه القانون الوضعى ذات دلالات مبهمة وغير واضحة ، مما يبين مدى دقة الفقه الإسلامى وحسن صياغته وأحكامه عن القانون الوضعى .

(ب) العقد المقابل للإبطال فى القانون - كبيع ملك الغير - يختلف عن العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى ، فهما لا يلتقيان من حيث ترتب الحكم فى كل منهما فى الفترة ما بين صدور العقد والإجازة أو الإبطال والأولى كما يرى الفقه الإسلامى - أن يوقف العقد حتى ترد عليه الإجازة ، لا أن يعتبر نافذا

ثم يبطل ، وهو ما يقول به الفقه القانوني – ومن ثم كان الفقه الإسلامي بحق – أصح في منطقه من القانون ، هذا فضلا عن أن الوقف يسد باب الإضرار بالنسبة لمن وقف العقد لمصلحته ، بخلاف بيع ملك الغير القابل للإبطال في القانون ، فإنه يفتح هذا الباب ثم يحاول القانون علاج ما يترتب على ذلك من أضرار قد يتعذر تداركها بسبب تنفيذه قبل إجازته أو إبطاله (١) .

(جـ) إذا كان القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن الفضولي (بائع ملك الغير) هو من يقوم بعمل لحساب الغير (٢) دون أن تكون له ولاية التصرف ، إلا أنهما يختلفان بعد ذلك من حيث اشتراط القانون الوضعي بالنسبة للفضولي أن يقوم بعمل عاجل وضروري لرب العمل تفضلا منه بلا ولاية أو وكالة أو وصاية ، بخلاف الفقه الإسلامي الذي لا يشترط أن يكون العمل الذي يباشره الفضولي ضروريا أو عاجلا (٣) ، فتصرفات الفضولي في الفقه الإسلامي يقابلها في القانون الوضعي " التصرف في ملك الغير " لا الفضالة لأن أحكام الفضالة وآثارها تختلف اختلافا بينا في القانون عنها في الشريعة ، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في تصرفات الفضولي كما سبق بيانه في حينه .

رابعا: يختلف القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي في مجال " طروء الملك البات على الملك الموقوف ، فالفقه الإسلامي يقرر – وخاصة عند الحنفية والحنابلة (٤) – أن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله ،

---

(١) د.عبدالرازق حسن فرج – المرجع السابق ص ١٧٩، ١٨٠ .

(٢) سواء كان تصرفا قوليا أم فعليا في الشريعة الإسلامية ، أو كان تصرفا قانونيا أو عملا ماديا في القانون الوضعي .

(٣) انظر في ذلك تفصيلا : د. عبدالرزاق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج١ص١٨٣ ، د.محمد زكي عبدالبر – العقد الموقوف ص١٢٩ ، د.عبدالرازق حسن فرج – المرجع السابق ص١١٩ .

(٤) انظر الفتاوى الهندية جـ٣ ص١١١ ، ورد المحتار لابن عابدين جـ٤ ص١٤٩ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ج٤ ص١٦٠ ، وفتح القدير ج٥ ص٣١٤ والمغني لابن قدامة ج٤ ص٤٧٥.

بمعنى أن الفضولى إذا تملك المبيع بعد صدور البيع منه ، بطل بيعه ، ولاسبيل لنقل ملكية المبيع للمشترى إلا بعقد مبتدأ جديد لا بإجازة العقد الأول ، وهذه القاعدة فى الفقه الإسلامى لا نظير لها فى فقه القانون الوضعى ، بل إن القاعدة فيه تغاير ما ذهب إليه الفقه الإسلامى فى مجمله ، فبيع ملك الغير فى القانون بيع قابل للإبطال ، وتزول القابلية للإبطال فيه بإقرار المالك للعقد ، أو تملك البائع للمبيع بعد صدور العقد ، أو إجازة المشترى للعقد أو التقادم أو الحيازة على التفصيل السابق فى موضعه .

ولا شك أن مسلك الفقه الإسلامى كان مسلكا حميدا ودقيقا حين قرر هذه القاعدة التى لم يعرفها فقه القانون الوضعى بهذا التفصيل الدقيق .

١٣٩- الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى أحكام الإجازة :

(أ) فى مجال ماهية الإجازة :

يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى مجال بيان ماهية الإجازة من حيث أن كلا منهما يعتبر الإجازة تصرفا أحاديا (إنفراديا) صادرا من جانب واحد هو صاحب الحق فى طلب الإبطال ، فلا تحتاج إلى قبول من الطرف الآخر ، وتحدث أثرها حتى بدون علم الطرف الآخر ، ولا يستطيع المجيز أن يرجع فيها بعد صدورها منه ، إلا أن القانون الوضعى يختلف عن الفقه الإسلامى من حيث أن فقه القانون الوضعى يرى أن كل ما يترتب على الإجازة هو تأكيد عوامل الصحة فى العقد القابل للإبطال ، وإزالة الحظر الذى كان يهدده بالزوال ، فهذا العقد فى القانون كان منتجا لآثاره قبل إجازته ، بخلاف بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى ، فهذا العقد لا ينتج أي أثر قبل إجازته ، فإذا أجيز أصبح منتجا لآثاره إما مستندا إلى وقت صدوره، أو مقتصرا على حال الإجازة (١) .

(ب) فى مجال صيغة الإجازة :

يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أن الإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية ، وصيغتها ما تتم به من قول أو فعل ينم عن إرادة المجيز

---

(١) انظر : د.عبدالرازق حسن فرج – المرجع السابق ص٢٠٤.

لإجازة بيع ملك الغير ، ولا يشترط فيها أي لفظ يدل على معنى النزول عن الحق فى طلب إبطال عقد بيع ملك الغير .

(جـ) فى مجال من له حق الإجازة :

سبق أن ذكرنا (١) أن فقه القانون الوضعى يقرر أن المالك وحده فى بيع ملك الغير له الحق فى إجازة أو إقرار هذا البيع ، وليس له الحق فى طلب الإبطال لأنه ليس طرفا فى العقد بخلاف الفقه الإسلامى الذى يقرر أن المالك فى بيع ملك الغير يملك الإجازة والفسخ والفضولى والمشترى يملكان الفسخ دون الإجازة ، وقد سبق أن ذكرنا مدى دقة الفقه الإسلامى فى هذا الشأن باعتبار أن المالك هو الأجدر بالحماية ومن ثم ينبغى أن يتقرر له حق الإجازة والفسخ بخلاف ما ذهب إليه فقه القانون الوضعى .

(د) فى مجال محل الإجازة :

يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى محل الإجازة من حيث أن الإجازة فى كل منهما لا ترد على العقد النافذ ، ولا ترد على العقد الباطل لأنه معدوم ، والإجازة لا تخلق من العدم وجودا ، ومن ثم فمحلها فى القانون هو العقد القابل للإبطال كما فى بيع ملك الغير ، ومحلها فى الفقه الإسلامى هو العقد الموقوف .

(هـ) فى مجال مدة الإجازة :

يختلف القانون الوضعى عن الفقه الإسلامى فى مدة الإجازة ، فالأخير يقرر أن الشخص لو باع ملك غيره ، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر من له حق الإجازة مجيزا أو غير مجيز ، ويبقى التصرف موقوفا حتى يجاز أو يرد (٢) ، وهذا فى الواقع يجعل التصرف غير مستقر أجلا غير محدد(٣)، مما حدا بالفقه المالكى (٤) ، أن يعالج هذا القصور حين قرر أن الفضولى إذا باع ملك غيره فى حضرة المالك ، وسكت المالك ، اعتبر سكوته إجازة،

---

(١) انظر بند ١٣٥ص ٢٠١ من هذا البحث .

(٢) انظر : البحر الرائق لابن نجيم ج١ ص١٦١.

(٣) د.عبدالرازق فرج – المصدر السابق ص٢١٩.

(٤) انظر : الشرح الكبير للدرديرى ج٣ ص١٢.

وإن بـــاع فى غير حضرته وبلغـه وسكت عامـا من وقت علمه بتصرف الفضولى ، اعتبر سكوته إجازة وأصبح التصرف نافذا .

أما مدة الإجازة فى فقه القـانون الوضعى ، فهى مضى ثلاث سنوات من وقت علم المشترى بأنْ البائع أو نائبه غير مـالك للمبيـع ، أو بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع إذا لم يعلم المشترى خلالها ذلك .

ومن هذا يتبين مدى اختلاف كلا الفقهين عن الآخر فى مدة الإجازة ومن لـه الحق فيها، ويتبين مدى حسن تنظيم الفقه الإسلامى – وخاصة فى المذهب المالكى – لمدة الإجازة ولمن يكون له الحق فيها .

(و) فى مجال شروط صحة الإجازة :

بالمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يستبين أن الأخير لا يتفق مع الفقه الإسلامى فى هذه الشروط اتفاقا تاما ، وهذه الشـروط هـى ، صدورها ممن له الحق فيها (المالك أو وليه أو وكيله) وأن يكون من لـه الحق فيها موجودا وقت العقد ، وأن تصدر حـال حياة الفضولـى وحـال حياة المتعاقد معه ، وأن يكون محل العقد موجودا ، هذا فى الفقه الإسلامى ، أمـا القانون الوضعى فشروط الإجازة فيه لا تخرج عن وجوب علم المجيز بسبب قابلية العقد للإبطال ، وأن تتوافر للمجيز أهلية إبرام العقد الذى يجيزه ، وأن تكون هذه الأهلية خالية من عيوب الإرادة .

ويستبين مما سبق أن الفقه الإسـلامى يشـترط وجـود العـاقدين والمحـل والمجيز، وقت صدور التصـرف الموقـوف ووقـت صـدور الإجـازة ، وهـو مالا يستوجبه القانون الوضعى ، ولا يخفـى أن مسلك الفقـه الإسـلامى كـان صائبا فى هذا الشأن ، لأن الإجازة فـى الفقـه الإسـلامى تـارة تكـون كاشـفة للأحكام المترتبة على التصرف ، وتارة تكون منشئة لها ، أمـا فـى القـانون الوضعى فالإجـازة لا تكـون إلا كاشـفة للأحكـام المترتبـة علـى التصـرف وليست منشئة لهذه الأحكام .

(ز) فى مجال أثر الإجازة :

يختلف القانون الوضعى عن الفقه الإسلامى فى أثر إجازة بيـع ملـك الغير ، فبيع ملك الغير لا ينتج أي آثار فى الفقه الإسلامى قبل إجازته من المالك أو نائبه ، فإذا أجيز بيع ملك الغـير فإنـه يعتـبر نـافذا ومنتجـا لآثـاره منذ وقت إنشاء العقد ، أما فى فقه القانون الوضعى فإن العقد القابل للإبطـــال يكون

منتجا لآثاره منذ انعقاده وقبل أن تلحقه الإجازة ، ويقتصر أثر الإجازة على إزالة الخطر الذى كان يتهدده بالإبطال ، فالإجازة لا تجعل العقد القابل للإبطال تنتج آثارا لم يكن ينتجها قبل صدورها .

(ح) فى مجال رفض إجازة بيع ملك الغير :

يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى هذا الصدد ، فإذا رفض الإجازة من له الحق فيها بطل العقد ، ويصبح العقد الموقوف أو القابل للإبطال كالعقد الباطل من حيث أن كلا منهما لا ينتج أثره ويكون للبطلان أثر رجعى (١) ، مع ملاحظة أن بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى لا ينتج أي أثر قبل الإجازة ، فإذا رفض إجازته من له الحق فيها بطل العقد ، بخلاف القانون الوضعى الذى يقرر أن العقد القابل للإبطال يكون منتجا لآثاره خلال فترة التوقف كما بينا فى البند السابق .

١٤٠- الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى في حق المالك والمشترى فى التعويض (ضمان الاستحقاق) :

يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى :

(أ) يجب أن يكون الحق الذى يدعيه المالك المستحق سابقا على عقد بيع الفضولى .

(ب) إذا ثبت استحقاق المالك للمبيع بإقرار المشترى ، فلا حق للأخير بالرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ، وهذا الرأى فى مجمله محل اتفاق بين فقهاء الفقه الإسلامى وفقه القانون الوضعى ، إلا أن فقهاء القانون قد اشترطوا لسريان الحكم السابق : عدم إخطار البائع بضمان الاستحقاق فى وقت مناسب حتى لا يحتج البائع بعدم تمكنه من دفع دعوى المستحق لعدم إخطار المشترى له فى وقت مناسب ، وفى هذا تنص المادة ٤٤١ مدنى مصرى على أنه " يثبت حق المشترى فى الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه ... متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه " .

---

(١) انظر : د. عبدالرازق فرج – المرجع السابق ص٢٤٢.

والواقع أن الفقه الإسلامى كان أكثر دقة فى هذا الشأن من القانون الوضعى، لأن موقف البائع هنا قوى حيث لايمكن ثبوت الاستحقاق إلا بإقرار المشترى ، ومن ثم لم يكن هناك داع لاشتراط هذه الشروط الواردة فى القانون المدنى .

ويختلف القانون الوضعى عن الفقه الإسلامى فى ضمان الاستحقاق إذا كان المشترى سيئ النية ، أي يعلم باستحقاق المبيع وقت الشراء ، فالرأي الراجح فى الفقه الإسلامى يقول بحرمان المشترى من ضمان الاستحقاق إذا كان سيئ النية ، ويرى جمهور فقهاء المسلمين أن الإبراء من ضمان الاستحقاق باطل ، ويستطيع المشترى أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق بالرغم من وجود شرط البراءة من الضمان (١)، أما فى فقه القانون الوضعى فإنه يشترط لحرمان المشترى من ضمان الاستحقاق ألا يدرج شرط البراءة من الضمان فى العقد ، فالمشترى حتى مع علمه وقت البيع أن البائع غير مالك للمبيع يمكنه أن يتفق على إدراج شرط فى البيع بمقتضاه يكون له الرجوع بالتعويض على البائع ، بالإضافة إلى استرداده الثمن إذا استحق المبيع من تحت يده وهو ما بيناه فى موضعه (٢).

يختلف الفقه الإسلامى عن القانون الوضعى فى عناصر التعويض التى يرجع بها المشترى على البائع ، فعناصر التعويض فى القانون المدنى تخضع للقواعد العامة ، فيشمل ما لحق المشترى من خسارة وما فاته من كسب، وإذا حكم بإبطال بيع ملك الغير يجب للحكم بالتعويض للمشترى أن يكون حسن النية، وحتى مع ثبوت ذلك فإن الحكم بالتعويض موكول إلى القضاء ، وتقديره أيضا موكول إلى القضاء فى حالة إثبات المشترى توافر عناصر المسئولية التقصيرية التى يقوم عليها التعويض فى هذه الحالة .

---

(١) انظر : القوانين الفقهية لابن جزى ص٣١٩ ، ٣٢٠ ، وبداية المجتهد لابن رشد ج٢ ص٣٥٧،٣٥٨ ، مغنى المحتاج ج٢ ص٤٠-٤٢ ، والمغنى لابن قدامة ج٥ ص٧٧ .

(٢) انظر بند ١١٢ ص ١٥٦ -١٥٨ من هذا البحث .

أما فى الفقه الإسلامى فإن التعويـض يكـون خاضعـا للقواعـد التـى تحـدد الغرامات المالية فى بــاب التعزيـر ، وعنــاصر التعويـض فيـه أخـف وطـأة مـن عناصر التعويض فى القانون المدنى .

والله الموفق .

﴿ ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا رشدا ﴾

صدق الله العظيم

تم بعون الله وتوفيقه

ثبت المراجع

أولا : أهم مراجع الفقه الإسلامى وأصوله مرتبة هجائيا بحسب إسم المرجع وشهرته .

(أ) القرآن الكريم .

(ب) من كتب التفسير وعلوم القرآن :

١- تفسير الفخر الرازى المسمى " مفاتيح الغيب " للإمام محمد الرازى فخر الدين بن ضياء الدين ط ١٣٠٧هـ .

٢- تفسير القرآن العظيم للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى الشافعى المتوفى عام ٧٧٤هـ طبعة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

٣- جامع البيان فى تأويل القرآن للمحدث أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى المتوفى عام ٣١٠هـ ط ١٣٢٨هـ .

(جـ) من مراجع الحديث وعلومه :

١- سنن النسائى للإمام الحافظ أبى عبدالرحمن بن شعيب النسائى المتوفى عام ٣٠٣هـ ، ومعه زهرة الربى على المجتبى للحافظ جلال الدين السيوطى المتوفى عام ٩١١هـ وحاشية الإمام الندى طبعة ، مصطفى البابى الحلبى .

٢- السنن الكبرى للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى عام ٤٥٨هـ طبعة دار صادر بيروت - الناشر محمد أمين دمج.

٣- سبل السلام للإمام محمد بن اسماعيل الكحلانى الصنعانى المعروف بالأمير (١٠٥٩-١٠٨٢هـ) مع شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ شهاب الدين أبى الفضل أحمد بن على بن محمد بن حجر الكتانى العسقلانى القاهرى (٧٧٢-٨٥٢هـ) - الطبعة الرابعة (١٣٧٩هـ- ١٩٦٠م) .

٤- صحيح البخارى لأبى عبدالله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البردزية البخارى الجعفى المتوفى عام ٢٥٦هـ طبعة صبيح .

٥- صحيح مسلم للإمام أبى الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى المتوفى عام ٢٦١ هـ طبعة دار الشعب - تحقيق عبدالله احمد أبو زينة.

٦- نصب الراية للحافظ جمال الدين أبى محمد عبدالله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى عام ٧٦٢هـ - الطبعة الثانية - مطبوعات المجلس العلمى ببيروت .

٧- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن على بن محمد الشوكانى المتوفى عام ١٢٥٥هـ طبعة ١٣٩٨هـ .

(د) من مراجع اللغة العربية :

١- القاموس المحيط للعلامة الشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادى الشيرازى - طبعة مطبعة دار السعادة بمصر .

٢- لسان العرب للعلامة أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقى المصرى طبعة ١٩٧٩هـ - ١٩٨٠م .

٣- مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبدالقادر الرازى - طبعة ١٣١١هـ .

٤- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للعلامة احمد بن محمد بن على المغربى الفيومى المتوفى عام ٧٧٠هـ طبعة ١٣١٥هـ -١٣١٦هـ .

(هـ) من مراجع المذاهب الفقهية :

❖ من مراجع الفقه الحنفى :

١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق :

للعلامة زين الدين بن نجيم ، طبعة عام ١٣٣٤هـ .

٢- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع :

لعلاء الدين أبى بكر بن سعود الكاسانى الحنفى المتوفى عام ٥٨٧هـ ، طبعة ١٣٢٨هـ ، ط١٩٧١م .

٣- تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق :

لعثمان بن على بن محمد الزيلعى الحنفى المتوفى عام ٧٤٣هـ ، طبعة ١٣١٤-١٣١٥هـ .

٤- تحفة الفقهاء :

لعلاء الدين أبى بكر محمد بن أحمد السمرقندى ، المتوفى سنة ٥٤٠هـ - تحقيق وتعليق : محمد زكى عبدالبر - الطبعة الأولى سنة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م .

٥- جامع الفصولين :

لمحمود بن اسماعيل الشهير بابن قاضى سماوة ، توفى سنة ٨٢٣هـ ، طبعة المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٠٠هـ .

٦- حاشية سعد جلبى :

لسعد الدين بن عيسى ، الشهير بسعد جلبى ، توفى عام ٩٤٥هـ ، وهى مطبوعة على هامش فتح القدير - طبعة مطبعة بولاق ١٣٢٦هـ .

٧- الدر المختار شرح تنوير الأبصار :

لمحمد بن على بن محمد الحصكفى ، توفى سنة ١٠٨٨هـ مطبوع مع حاشية بن عابدين ، وسيأتى .

٨- درر الأحكام فى شرح غرر الأحكام :

للعلامة محمد بن فراموز بن على المعروف بمنلا خسرو ، توفى سنة ٥٥٨هـ ، طبعة ١٣٠٤هـ .

٩- رد المحتار :

للشيخ محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن عابدين ، الشهير بابن عابدين ، توفى عام ١٢٥٢ هـ ، طبعة ١٣٢٥هـ .

١٠- العناية على الهداية :

لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتى ، توفى سنة ٧٨٦هـ ، طبعة بولاق سنة ١٣٢٦هـ مع شرح فتح القدير .

١١- الفتاوى الهندية :

وتسمى بالفتاوى العالمكيرية ، تأليف جماعة من علماء الهند ، سنة ١٠٧٥هـ ، طبعة بولاق الأميرية سنة ١٣١٠هـ .

١٢- الفتاوى الخانية : (فتاوى قاضى خان) :

لفخر الدين بن منصور بن محمود الأوزجندى الفرغانى ، توفى سنة ٥٩٢هـ ، وهى بهامش الفتاوى الهندية السابق ذكرها ، وهي فى الثلاثة أجزاء الأولى من الفتاوى الهندية .

١٣- فتح القدير :

لكمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام المتوفى عام ٨٦١هـ ، طبعة بولاق ١٣٢٦هـ ، طبعة ١٣٨٩هـ .

١٤- الفوائد السمية :

وهي شرح للنظام المسمى بالفرائد السنية ، كلاهما للشيخ /محمد بن حسن بن احمد الكواكبى ، المتوفى سنة ١٠٩٦هـ - الطبعة الأولى بمطبعة بولاق ١٣٢٤هـ .

١٥- المبسوط :

لأبى بكر بن محمد بن سهل السرخسى ، المتوفى عام ٤٣٨هـ - الطبعة الأولى ، طبعة دار السعادة سنة ١٣٣١هـ .

١٦- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر :

لشيخ زاده ، المتوفى عام ١٠٨٧ه ، طبعة سنة ١٣١٩هـ .

١٧- مجمع الضمانات :

لأبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى ، المتوفى سنة ١٠٢٧هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠٨هـ .

١٨- الهداية ، شرح بداية المبتدى :

لبرهان الدين أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبدالجليل الرسدانى المرغينانى ، المتوفى سنة ٥٩٣هـ - ط البابى الحلبى ١٣٨٤هـ .

❖ من مراجع الفقه المالكى :

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد :

لأبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد ، المتوفى عام ٥٩٥ هـ ، طبعة ١٩٨٢م ، ط ١٩٧٥م.

٢- البهجة فى شرح التحفة :

لأبى الحسن بن عبدالسلام التسولى ، طبعة ١٣٤٤هـ .

٣- جواهر الإكليل ، شرح مختصر خليل :

للآبى الأزهرى ، وهو شرح لمختصر العلامة خليل بن اسحاق ، المتوفى عام ٦٧٦هـ ، طبعة ١٣٤٧هـ-١٩٦٦م.

٤- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير :

لشمس الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقى ، المتوفى عام ١٢٣٠هـ ، طبعة ١٣٢٤هـ ، ط١٣٠٩هـ .

٥- شرح الخرشى على مختصر خليل :

لأبى عبدالله محمد الخرشى المتوفى عام ١١٠١هـ ، الطبعة الثانية سنة ١٣١٧هـ .

٦- الشرح الصغير :

للإمام ولى الله سيدى أحمد الدرديرى ، المتوفى عام ١٢٠١هـ ، وهو شرح على المختصر المسمى بأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، وهما مطبوعان فى كتاب واحد - الطبعة الأولى ١٣٨٢هـ - الناشر محمد على صبيح وأولاده بمصر .

٧- الشرح الكبير :

لسيدى أحمد الدرديرى - مطبوع مع حاشية الدسوقى السابق ذكرها .

٨- مدونة الإمام مالك :

لإمام الأئمة مالك بن أنس رضى الله عنه ، المتوفى سنة ١٧٩هـ ، طبعة سنة ١٣٢٣هـ .

٩- مواهب الجليل على شرح مختصر خليل :

لأبى عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربى الأصل ، المكى المولد ، المعروف بالحطاب ، المتوفى عام ٩٥٤هـ - الطبعة الأولى عام ١٣٢٩هـ .

❖ من مراجع الفقه الشافعى :

١- الأم :

لأبى عبدالله محمد بن إدريس بن العباس الشافعى القرشى ، المتوفى عام ٢٠٤هـ ، طبعة بولاق ١٣١٥هـ ، طبعة دار الشعب عام ١٣٢١هـ.

٢- حاشيتا قليوبى وعميرة :

للإمامين المحققين المدققين الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة ، وهما حاشيتان على شرح جلال الدين المحلى ، على متن المنهاج للشيخ أبى زكريا يحيى بن شرف النووى ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ ، طبعة البابى الحلبى ١٣٥٣هـ .

٣- المجموع شرح المهذب :

للإمام أبى زكريا محيى الدين بن شرف النووى ، المتوفى عام ٦٧٦هـ ، طبعة المطبعة المنيرية بالقاهرة .

٤- مختصر المزنى :

لإسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزنى ، المتوفى عام ٢٦٤هـ ، وهو مطبوع بهامش كتاب الأم السابق .

٥- المهذب :

لأبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروزابادى الشيرازى ، المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، ط ١٣٧٩هـ ، ط ١٣٤٣هـ.

٦- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج :

للشيخ /محمد الشربينى الخطيب ، المتوفى سنة ٩٧٧هـ ، وهو شرح لمتن المنهاج ، طبعة ١٣٥٢هـ - الناشر : مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

٧- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج :

لشمس الدين محمد بن أبى العباس بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى ، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ ، وبهامشه حاشية الشبراملى وحاشية الرشيدى ، طبعة ١٢٨٦هـ ، ط١٢٩٢هـ .

❖ من مراجع الفقه الحنبلى :

١- أعلام الموقعين :

لأبى عبدالله محمد بن قيم الجوزية ، المتوفى عام ٧٥١هـ ، طبعة ١٣٢٥هـ .

٢- شرح منتهى الإرادات :

لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى ، المتوفى عام ١٠٤٦هـ ، ط١٣٦٦هـ -١٩٤٧م .

٣- كشاف القناع شرح متن الإقناع :

لشيخ الإسلام منصور بن إدريس الحنبلى ، المتوفى عام ١٠٥١هـ - الطبعة الأولى ١٣١٩-١٣٢٠هـ .

٤- المغنى :

لأبى محمد عبدالله بن محمد بن قدامة المقدسى ، المتوفى عام ٦٢٠هـ ، وهو شرح لمختصر أبوالقاسم عمر بن الحسين بن عبدالله بن احمد الحزقى ، المتوفى عام ٣٣٤هـ ، ومعه الشرح الكبير على متن المقنع للإمام شمس الدين أبى الفرج عبدالرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى ، المتوفى عام ٦٨٢هـ ، وكلاهما على مذهب أبى عبدالله احمد بن محمد بن حنبل الشيبانى ، طبعة سنة ١٣٦٧هـ ، طبعة بيروت - دار الكتب العلمية .

٥- منار السبيل فى شرح الدليل على مذهب الإمام احمد بن حنبل :

للشيخ ابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، المتوفى عام ١٣٥٣هـ- الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ .

❖ من مراجع الفقه الظاهرى :

١- المحلى :

لأبى محمد على بن أحمد بن حزم ، المتوفى عام ٤٥٦هـ - طبعة ١٣٥٠هـ .

❖ من مراجع الفقه الزيدى :

١- البحر الزخار :

الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام المهدى لدين الله احمد بن يحيى بن المرتضى ، طبع مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٦٨هـ-١٩٤٩م.

٢- شرح الأزهار المنتزع من الغيث الدرار فى فقه الأئمة الأطهار :

للعلامة أبى الحسن بن عبدالله بن مفتاح ، المتوفى سنة ٨٧٧هـ ، طبعة سنة ١٣٢٢هـ .

❖ من مراجع فقه الشيعة الإمامية :

١- مفتاح الكرامة :

لمحمد بن محمد الحسينى العاملى المتوفى عام ١٢٢٦هـ ، طبعة ١٣٢٦هـ .

❖ من مراجع فقه الشيعة الأباضية :

١- شرح النيل وشفاء العليل للشيخ / محمد أطفيش ، المتوفى عام ١٣٢٣هـ - طبعة ١٣٤٣هـ .

❖ من كتب القواعد الفقهية :

١- الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان :

للشيخ / زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، المتوفى عام ٩٧٠هـ ، تحقيق وتعليق : عبدالعزيز محمد الوكيل ، طبعة سنة ١٣٨٧هـ-١٩٦٨م .

٢- الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية :

للشيخ جلال الدين عبدالرحمن السيوطى ، المتوفى عام ٩١١هـ ، طبعة ١٩٣٨م.

٣- الفروق :

للشيخ / شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الشهير بالقرافى المالكى ، وبهامشه تهذيب الفروق للشيخ / محمد على بن حسين مفتى المالكية ، ط دار المعرفة - بيروت ، ط١٣٤٧هـ.

٤- القوانين الفقهية :

لمحمد بن أحمد بن جزى الكلبى الغرناطى ، المتوفى عام ١٣٤٠هـ ، ط بيروت - لبنان .

٥- القواعد :

للشيخ الحافظ أبى الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلى ، المتوفى عام ٧٩٥هـ ، طبعة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

٦- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية :

تحقيق : محمد حامد الفقى - طبعة مطبعة السنة المحمدية .

(ز) من المؤلفات الحديثة فى الفقه الإسلامى مرتبة هجائيا بحسب إسم المؤلف :

١- د. أبو السعود عبدالعزيز موسى :

أصول الأحكام الإسلامية - طبعة ١٤١٣هـ-١٩٩٣م .

٢- الشيخ / أحمد أبو الفتح :

المعاملات الشرعية المالية - طبعة ١٣٥٥هـ-١٩١٣م .

٣- د. عبدالرزاق أحمد السنهورى :

مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - الجزء الخامس - طبعة ١٩٦٧م .

٤- د. عبدالسلام العبادى :

الملكية فى الشريعة الإسلامية - طبعة مكتبة الأقصى - عمان ، الأردن.

٥- الشيخ / على الخفيف :

أحكام المعاملات الشرعية ، طبعة ١٩٦٤، ١٩٤٧م .

٦- الشيخ / عبدالوهاب خلاف :

علم أصول الفقه - الطبعة الثامنة .

٧- الشيخ / محمد أبو زهرة :

الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ، طبعة ١٥٣٧هـ-١٩٣٩م.

٨- د. محمد سلام مدكور :

المدخل للفقه الإسلامى ، طبعة دار الكتاب الحديثة ، ط١٩٥٥م.

٩- د. محمد مصطفى شلبى :

المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، طبعة ١٩٥٦م.

١٠- د. محمد يوسف موسى :

الأموال ونظرية العقد - الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ-١٩٥٢م.

١١- د. وهبة الزحيلى :

الفقه الإسلامى وأدلته - الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

١٢- د. مصطفى الخن ، د. مصطفى البنا :

الفقه المنهجى على مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.

(ح) تقنينات مستمدة من الفقه الإسلامى :

١- مجلة الأحكام العدلية : وقد دونت فى عهد الدولة العثمانية سنة ١٢٩٣هـ-١٨٧٦م .

٢- شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ سليم بن رستم باز اللبنانى ، طبعة ١٣٠٥هـ-١٨٩٨م ، بيروت .

٣- القانون المدنى العراقى ، وهو القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م والصادر فى ٨ سبتمبر سنة ١٩٥١م .

٤- القانون المدنى الأردنى .

٥- مشروح قانون المعاملات المدنية المصرية .

ثانيا : أهم المراجع القانونية :

١- الأستاذ الدكتور / أحمد سلامة - مذكرات فى نظرية الإلتزام - الكتاب الأول - مصادر الإلتزام ، طبعة ١٩٧٨م .

٢- د. أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد - طبعة ١٩٥٤م .

٣- د. أحمد نجيب الهلالى ، د. حامد زكى - شرح عقد البيع ، ط١٩٤٠م.

٤- د. اسماعيل غانم : (أ) مذكرات فى العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار ، ط ١٩٦٤م .

(ب) النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام ط١٩٦٨م.

٥- د. اسماعيل عبدالنبى شاهين : المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية القانون - طبعة ١٩٨٨م .

٦- د. أنور سلطان : (١) عقد البيع - طبعة ١٩٥١م .

(٢) النظرية العامة للإلتزام - طبعة ١٩٦٢م .

٧- مستشار / أنور العمروسى : التعليق على نصوص القانون المدنى وأحكام القضاء - طبعة ١٩٨٣م .

٨- د. برهام عطاالله : دعوى صحة التعاقد على البيع - طبعة ١٩٨٣م .

٩- د. توفيق حسن فرج : (١) عقد البيع - طبعة ١٩٧٩م .

(٢) عقد البيع والمقايضة فى القانون اللبنانى - طبعة ١٩٦٨م .

١٠- د. جميل الشرقاوى : (١) النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٧٤ .

(٢) شرح البيع والمقايضة والإيجار - طبعة ١٩٦٤م ، ١٩٧٥م .

١١- د. حسنى الجندى : شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الأموال - طبعة ١٩٨٥م .

١٢- د. حسام الدين الأهوانى : عقدالبيع - طبعة ١٩٨١م .

١٣- د. خميس خضر : عقد البيع فى القانون المدنى - طبعة ١٩٧٢م .

١٤- د. رؤوف عبيد : جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال - طبعة ١٩٧٨م .

١٥- د. رمسيس بهنام : قانون العقوبات - القسم الخاص -١٩٨٢م .

١٦- د. سليمان مرقس : الوافى فى شرح القانون المدنى - الجزء الثالث فى العقود المسماة - عقد البيع - الطبعة الخامسة ١٩٩٠م .

١٧- د. سمير عبدالسيد تناغو : عقد البيع - طبعة ١٩٨٣م .

١٨- د. شفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العينى - الطبعة الثالثة - ١٩٥٥م.

١٩- د. عبدالرزاق أحمد السنهورى : (١) الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الرابع - عقدالبيع - طبعة ١٩٦٠، ١٩٥٢م .

(٢) نظرية العقد - الطبعة الأولى - ١٩٣٤م .

٢٠- د. عبدالحي حجازى : النظرية العامة للإلتزام - طبعة ١٩٥٤م .

٢١- د. عبدالمنعم البدراوى : الوجيز فى عقدالبيع - طبعة ١٩٨٣م ، ١٩٥٧م .

٢٢- د. عبدالمنعم فرج الصدة : مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٥٨م .

٢٣- مستشار : عبدالمنعم دسوقى : قضاء النقض فى المواد المدنية - طبعة ١٩٩٤م.

٢٤- د. عبدالفتاح عبدالباقى : عقد البيع فى القانون المدنى - طبعة ١٩٥٦م.

٢٥- د. عبدالباسط جميعى : نظرية الأوضاع الظاهرة ، طبعة ١٩٥٧م .

٢٦- د. عبدالسميع عبدالوهاب أبوالخير : الوجيز فى شرح أحكام البيع - طبعة ١٩٩٢م.

٢٧- د. عبدالناصر توفيق العطار : (١) مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية - طبعة ١٩٧٩م.

(٢) أحكام الإيجار فى التقنين المدنى وتشريعات إيجار الأماكن - طبعة ١٩٨٢م.

(٣) البداية فى شرح أحكام البيع - طبعة ١٩٨٤م .

٢٨- د. عبدالودود يحي : دروس فى العقود المسماة - طبعة ١٩٧٦-١٩٧٧م.

٢٩- د. عبدالمهيمن بكر : قانون العقوبات - القسم الخاص - طبعة ١٩٧٧م.

٣٠ - د. عز الدين عبدالله : حماية خاصة بالدائنين المرتهنين - طبعة ١٩٤١م.

٣١- مستشار / عزت حنورة : سلطة القاضى فى نقض وتعديل المعاملات - طبعة ١٩٩٤م.

٣٢- د. لاشين محمد يونس : بيع ملك الغير فى القانون المدنى والفقه الإسلامى - طبعة ١٩٨٦م .

٣٣- د. محمد لبيب شنب : (١) شرح أحكام عقدالبيع - طبعة ١٩٧٥م.

(٢) مصادر الإلتزام - طبعة ٧٦-١٩٧٧م.

٣٤- د. محمد لبيب شنب ، د. مجدى صبحى خليل : عقدالبيع - طبعة١٩٥٦م.

٣٥- مستشار / محمد كمال عبدالعزيز : التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء جـ٢ - طبعة ١٩٨٠م .

٣٦- د. محمد المنجى : عقدالبيع الإبتدائى - طبعة ١٩٨٣م .

٣٧- د. محمد كامل مرسى : (١) شرح القانون المدنى الجديد - طبعة ١٩٥٤م.

(٢) عقد البيع والمقايضة - ط١٩٥٣ .

٣٨- د. منذر الفضلى ، د. ماجد الفتلاوى : شرح القانون المدنى الأردنى فى ضوء الفقه الإسلامى والقوانين المدنية الوضعية - طبعة ١٩٩٣م .

٣٩- د. محمد حسام لطفى : أحكام عقد البيع والإيجار - طبعة ١٩٩٠م .

٤٠- د. محمود جمال الدين زكى : (١) قانون عقدالبيع فى القانون المدنى - الكويت - ط ١٩٧٤م.

(٢) النظرية العامة للإلتزامات - طبعة ٦٤-١٩٦٥م.

٤١- د. محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - طبعة ١٩٨٧م .

٤٢- د. منصور مصطفى منصور : مذكرات فى العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار - ط١٩٥٦ م.

٤٣- مستشار / مصطفى هرجة : التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء - طبعة ٩١-١٩٩٢م.

ثالثا : من الرسائل العلمية :

١- د. جمال مرسى بدر : النيابة فى التصرفات القانونية - رسالة دكتوراه - ط١٩٥٣م.

٢- د. جميل الشرقاوى : نظرية بطلان التصرف القانونى - ط عام ١٩٥٦م.

٣- د. عبدالمنعم البدراوى : أثر مضى المدة فى الإلتزام - رسالة دكتوراة - طبعة ١٩٥٠م .

٤- د. عبدالرازق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - طبعة ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.

٥- د. محمد زكى عبدالبر : نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى - رسالة دكتوراه - طبعة ١٩٥٠م .

٦- د. محمد محمد المهدى إبراهيم : إيجار ملك الغير - دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والقانونين المدنيين المصري والفرنسى - رسالة من جامعة الأزهر - على الآلة الضاربة - طبعة ١٤٠٠هـ -١٩٨٠م.

رابعا : من البحوث والمقالات :

١- بطلان بيع ملك الغير : للدكتور / حلمى بهجت بدوى - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - السنة الأولى - العدد الأول سنة ١٩٣١م.

٢- تعريف البيع فى الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية : للدكتور / عبدالناصر توفيق العطار - بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة س٢٠ العدد الثالث .

خامسا : الدوريات والأحكام :

١- مجلة القانون والاقتصاد - مجلة علمية قانونية واقتصادية يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة القاهرة - بدأ إصدارها عام ١٩٣١م.

٢- مجلة إدارة قضايا الحكومة .

٣- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى

٤- مجموعة القواعد القانونية - نقض مصرى فى خمسة وعشرين عاما (١٩٣١-١٩٥٢م) .

٥- مجموعة أحكام النقض المدنى التى يصدرها المكتب الفنى بمحكمة النقض .

٦- مجموعة عمر (محمود عمر) لأحكام محكمة النقض المصرية .

٧- مجموعة أحكام النقض الجنائى التى يصدرها المكتب الفنى بمحكمة النقض المصرية .

من المراجع القانونية باللغة الفرنسية

1- Aubry et Rau, (par p. Esmein) : cour de droit civil francais, t.v. 6°ème ed 1947.

2- Baudry et saignat: traite' thêorique et pratique de droit civil: De lavent et de L'echange , 3°ême ed, 1908.

3- Beudant charles: cours de droit civil francais, (La vente et le louge) pulie' par Robert Beudant, paris, 1908.

4- Beudant : cours de droit civil francais (La vonteet le louge) publie' par Robert Beudant, paris, 1908.

5- Planiol et Ripert (par J. hamel) :traite' pratique de droit civil francais. Deuxiême êdition , t.x. premiêre partie , 1956.

6- Code civil - paris. 1992. Art . 1599.

7- De pag (h) : traitê êlêmentair de droit civil belge, 1951.

8- D-alloz : E ncyclopediê jurdique, repertoire de droit civil, t.v., par: alauri, 1955.

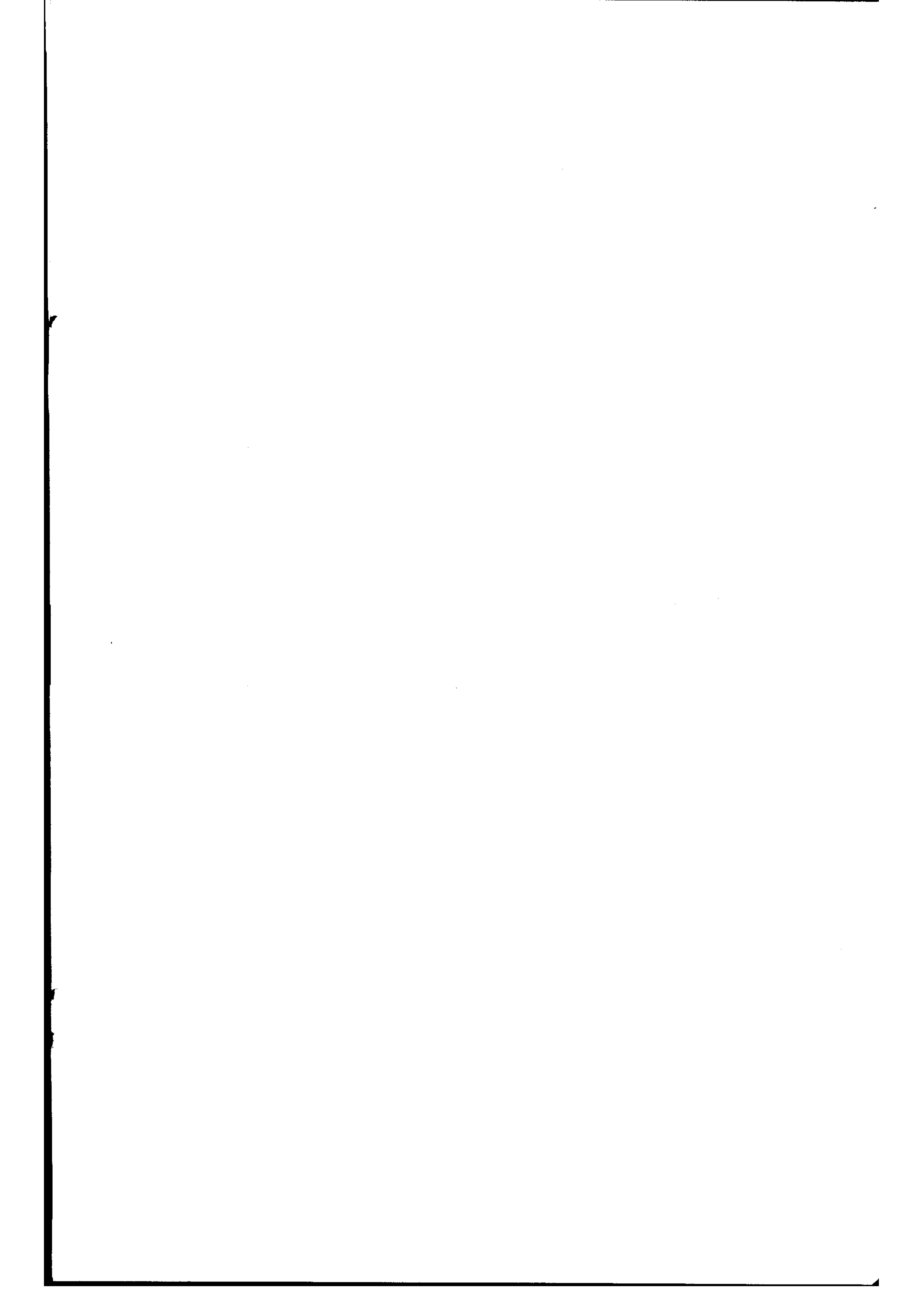
9- Encyclopedie D-alloz , t.5,1976.

10- Josserand : cour de droit civil francais, t.2.2e êd . 1933.

11- Quillaurd (L) : traite' de la vont en droit pelge, 1960.

12- Ripêrt et Boulanger: traitê de droit civil, d'aprês le traite' de planiol, t, 3oême contrats civil principanx contrats, paris, 1958.

13- M azeaux (henri, léon et jean): lecons de droit civil (nouvelle lecon) , t, 11, 1960.



فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضـــــوع	الصفحة
	تصدير .	أ
	تقـديم .	١
١	أهمية البيع .	١
٢	مشروعية عقدالبيع فى الفقه الإسلامى .	١-٣
٣	تعريف عقد البيع وبيان خصائصه فى القانون المدنى.	٣-٦
٤	،، ،، ،، وخصائصه فى الفقه الإسلامى .	٦-٨
٥	أنواع البيوع .	٨
٦	الأهمية العلمية والنظرية لموضوع البحث .	٩
٧	خطة البحث .	٩-١٠
٨	توضيح .	١٠
	الباب الأول	
	القواعد العامة فى بيع ملك الغير	
	فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى	١١-١١٧
	الفصل الأول	
	القواعد العامة لبيع ملك الغير	
	فى الفقه الإسلامى	١٢-٤٣
	المبحث الأول	
	ماهية بيع ملك الغير وشروط	
	تحققه فى الفقه الإسلامى	١٢-٢١
٩	تمهيد :	١٢
١٠	المقصود بـ " الغير فى الفقه الإسلامى " .	١٢-١٦

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضـــــــوع	الصفحة
١١	التكييف الشرعى لبيع ملك الغير.	١٦
١٢	تعريف الفضالة .	١٦-١٨
١٣	شروط تحقق بيع ملك الغير .	١٩-٢١
	المبحث الثانى	
	حكم بيع ملك الغير (بيع الفضولى)	٢٢-٤٣
١٤	تمهيد.	٢٢
	المطلب الأول	
	رأي القائلين ببطلان بيع ملك الغير	٢٢-٣٠
١٥	مضمون هذا الرأي .	٢٢
١٦	أدلة أصحاب هذا الرأي (إجمال) .	٢٣
١٧	الدليل من القرآن الكريم .	٢٣-٢٤
١٨	الدليل من السنة النبوية الشريفة .	٢٤-٢٧
١٩	الاستدلال بالقياس.	٢٧-٢٨
٢٠	الاستدلال بالمعقول.	٢٨-٣٠
	المطلب الثانى	
	رأي القائلين ببطلان بيع ملك الغير لاستناده إلى أساس أخلاقى وفنى	٣١
٢١	مضمون هذا الرأي وأدلته.	٣١
	المطلب الثالث	
	رأي القائلين بصحة بيع ملك الغير (الفضولى)	٣٢-٤٣
٢٢	مضمون هذا الرأي	

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضوع	الصفحة
٢٣	أدلة أصحاب هذا الرأي (إجمال) .	٣٢
٢٤	الدليل من القرآن الكريم .	٣٢-٣٥
٢٥	الدليل من السنة النبوية الشريفة .	٣٥-٣٦
٢٦	الدليل من القياس .	٣٧-٣٨
٢٧	الاستدلال بالمعقول .	٣٨-٤٠
٢٨	الاستدلال بالمصلحة .	٤٠-٤١
٢٩	الرأي الراجح وأدلته .	٤١-٤٣
	الفصل الثانى	
	القواعد العامة لبيع ملك الغير	
	فى القانون المدنى	٤٤-١١١
٣٠	تمهيد .	٤٤
	المبحث الأول	
	المقصود ببيع ملك الغير فى القانون المدنى	
	وشروط تحققه	٤٥-٥٤
٣١	النصوص القانونية التى تحكم بيع ملك الغير.	٤٥-٤٦
٣٢	ماهية بيع ملك الغير .	٤٦-٤٧
٣٣	شروط تحقق بيع ملك الغير - تعداد.	٤٨
٣٤	الشرط الأول : ألا يكون المبيع مملوكا لأحد العاقدين.	٤٨-٥٠
٣٥	الشرط الثانى : أن يكون المبيع معينا بالذات .	٥٠
٣٦	الشرط الثالث : أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إبرام بيع ناقل للملكية بذاته .	٥١-٥٢

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضـــــوع	الصفحة
٣٧	التطور التاريخى لبيع ملك الغير .	٥٢-٥٤
	المبحث الثانى	
	الفرق بين بيع ملك الغير وما قد يتشابه به من نظم	٥٥-٦٥
٣٨	الفرق بين بيع ملك الغير وإيجار ملك الغير .	٥٥-٥٦
٣٩	" " " " والتعهد عن الغير .	٥٦
٤٠	" " " " وبيع الشيئ المستقبل .	٥٧
٤١	" " " " وضمان الاستحقاق .	٥٧-٥٨
٤٢	" " " " وتعليق البيع على شرط التملك	٥٨-٦٠
٤٣	" " " " والبيع المعلق على شرط .	٦٠-٦١
٤٤	" " " " وبيع الوارث الظاهر .	٦١-٦٢
٤٥	" " " " وبيع الشيئ المستقبل .	٦٢-٦٣
٤٦	" " " " والوعد بالبيع الصادر من غير المالك .	٦٣
٤٧	تعقيب .	٦٤
٤٨	صور بيع ملك الغير .	٦٤-٦٥
	المبحث الثالث	
	حكم بيع ملك الغير فى القانون المدنى	٦٦-١١١
٤٩	تمهيد .	
	المطلب الأول	
	تأصيل بيع ملك الغير فى القانون الفرنسى	٦٦-٧٢
٥٠	نظريات فقهية متعددة .	٦٦

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضوع	الصفحة
٥١	الرأي الأول : بطلان بيع ملك الغير هو عبارة عن دعوى الفسخ .	٦٧-٦٨
٥٢	الرأي الثانى : دعوى بطلان بيع ملك الغير هى دعوى ضمان معجل.	٦٨-٦٩
٥٣	الرأي الثالث : بيع ملك الغير بيع باطل .	٦٩-٧٢
٥٤	تقييم آراء بيع ملك الغير فى فقه القانون الفرنسى .	٧٢
	المطلب الثانى	
	تأصيل أحكام بيع ملك الغير فى القانون المدنى المصرى	٧٣-٩٢
٥٥	إجمال .	٧٣
٥٦	النظرية الأولى : بيع ملك الغير بيع صحيح قابل للفسخ تقدير هذه النظرية .	٧٥-٧٧
٥٨	النظرية الثانية : بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا .	٧٧-٧٩
٥٩	تقييم هذه النظرية .	٨٠-٨١
٦٠	النظرية الثالثة : بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا.	٨٢-٨٣
٦١	تقييم نظرية البطلان النسبى لبيع ملك الغير .	٨٣-٨٥
٦٢	النظرية الرابعة : بيع ملك الغير بيع موقوف على إجازة المالك .	٨٥-٨٦
٦٣	تقنينات أخذت بالرأي القائل بأن بيع ملك الغير بيع صحيح ولكنه موقوف على إجازة صاحب الشأن .	٨٦-٨٨
٦٤	تقييم هذه النظرية .	٨٨-٩٠
٦٥	النظرية الخامسة : بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا أنشأه القانون بنص خاص .	٩٠-٩١

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضـــــــوع	الصفحة
٦٦	تقييم هذه النظرية .	٩٢-٩٥
	المطلب الثالث	
	الرأي الذى نقف عنده فى تأصيل بيع ملك الغير	
٦٧	بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا .	٩٣-٩٥
	المطلب الرابع	
	بيع ملك الغير فى القانون الجنائى	
٦٨	بيع ملك الغير يشكل جريمة النصب فى القانون الجنائى	٩٦-١٠٦
٦٩	بيع المكان لأكثر من من واحد يشكل جريمة النصب فى قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م.	٩٦-٩٨
٧٠	نطاق منع تكرار بيع الأماكن الخاضعة لقانون إيجار الأماكن ... وشروطه .	١٠٠-١٠٣
٧١	عقوبة جريمة البيع لأكثر من واحد فى مجال الإسكان.	١٠٤-١٠٥
٧٢	مدة سقوط الدعوى الجنائية فى جريمة البيع لأكثر من واحد فى مجال الإسكان .	١٠٥-١٠٦
	المطلب الخامس	١٠٧-١١١
	حكم بيع ملك الغير قبل التسجيل وبعده	
٧٣	تمهيد .	١٠٧
٧٤	الرأي الأول : بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل قابل للإبطال وبعده .	١٠٧-١٠٨
٧٥	الرأي الثانى : بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل وبعده .	١٠٨-١٠٩
٧٦	الرأي الثالث : بيع عقار الغير قابل للإبطال قبل التسجيل وبعده .	١٠٩-١١٠

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضوع	الصفحة
٧٧	الرأي الراجح .	١١٠-١١١
	الفصل الثالث	
	الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى القواعد العامة لبيع ملك الغير	١١٢-١١٧
٧٨	أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى القواعد العامة لبيع ملك الغير	١١٢-١١٤
٧٩	أوجه الشبه والاختلاف بين الفقهين فى نسبة الأثر الملزم للعقد .	١١٤-١١٧
	الباب الثانى	
	آثار بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى	١١٨-٢١٤
	الفصل الأول	
	آثار بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى	١١٩-١٦٤
	المبحث الأول	
	الضوابط التى تحكم بيع ملك الغير فى الفقه الإسلامى	
٨٠	توضيح .	١١٩
	المطلب الأول	
	ماهية الإجازة والفرق بينها وبين ماقد يتشابه بها من نظم	١٢٠-١٢٢
٨١	ماهية الإجازة	١٢٠-١٢١
٨٢	الفرق بين الإجازة والإقرار	١٢١-١٢٢
٨٣	الفرق بين الإجازة والإذن .	١٢٢

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضـــــــوع	الصفحة
٨٤	الفرق بين الإجازة وعمل العقد من جديد.	١٢٢
	المطلب الثانى	
	أحكام الإجازة	١٢٣-١٣٨
٨٥	وسائل التعبير عن الإجازة .	١٢٣-١٢٧
٨٦	من له حق إجازة بيع ملك الغير .	١٢٧
٨٧	البائع لملك غيره ليس له حق الإجازة .	١٢٧-١٢٨
٨٨	مدى حق الفضولى فى إجازة بيع ملك الغير .	١٢٨
٨٩	محل الإجازة .	١٢٨-١٢٩
٩٠	مدة الإجازة .	١٢٩-١٣٠
٩١	شروط صحة الإجازة .	١٣١-١٣٣
٩٢	أثر الإجازة .	١٣٤-١٣٧
٩٢م	الرأي الراجح .	١٣٧-١٣٨
	المطلب الثالث	
	رفض الإجازة وأثر ذلك فى بيع ملك الغير	١٣٩-١٤٠
٩٣	تمهيد .	١٣٩
٩٤	معنى رفض إجازة بيع ملك الغير .	١٣٩
٩٥	من يكون له حق رفض بيع ملك ملك الغير .	١٣٩
٩٦	وسائل رفض بيع ملك الغير .	١٤٠
	المبحث الثانى	
	آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين	١٤١-١٥٠
٩٧	الأصل أن بيع ملك الغير صحيح فيما بين طرفيه .	١٤١

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضـــــوع	الصفحة
٩٨	النتائج المترتبة علــى صحــة بيـع ملـك الغير فيمـا بيـن المتعاقدين .	١٤١-١٤٢
٩٩	اختيار المالك تضمين البائع .	١٤٢-١٤٣
١٠٠	بيع ملك الغير قبل الإجازة قابل للفسخ من المتعاقدين.	١٤٤-١٤٥
١٠١	آثار تملك البائع للمبيع بعد صدور البيع .	١٤٥-١٤٧
١٠٢	أثر تسليم الفضولى المبيع إلـى مشـتر باعـه إلـى مشـتر ثان .	١٤٧
١٠٢	أثر إجازة تصرف الفضولى فيما بين المتعاقدين	١٤٨
١٠٤	أثر عدم إجازة بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين .	١٤٨-١٤٩
١٠٥	أثر بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وفقا للراي القائل بأن بيع ملك الغير باطل .	١٤٩-١٥٠
	المبحث الثالث	
	آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى	١٥١-١٦٤
١٠٦	عدم سريان بيع ملك الغير فى حق المالك الحقيقى	١٥١
	المطلب الأول	
	دعوى استحقاق المبيع	١٥١-١٥٥
١٠٧	المطالبة برد العين حتى ولو كان المشترى حسن النية	١٥١-١٥٣
١٠٨	هلاك المبيع تحت يد الفضولى .	١٥٣
١٠٩	هلاك المبيع تحت يد المشترى .	١٥٣-١٥٥
	المطلب الثانى	
	مدى حق المالك والمشترى فى التضمين (التعويض)	١٥٦
	أثر استحقاق المبيع وحكمه .	١٥٦

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضــــــــوع	الصفحة
١١١	عناصر ضمان الاستحقاق (إجمال).	١٥٦
١١٢	أولا : رجوع البائع على المشترى بالثمن .	١٥٦
١١٣	ثانيا : حق المالك فى التعويض عن منافع المبيع واستهلاك زوائده تحت يد المشترى .	١٥٨-١٦٠
١١٣م	مدى حق المالك فى التعويض .	
١١٣م أ	خلاصة .	١٦٢
١١٤	ثالثا : مدى حق المشترى فى الرجوع على البائع بأجرة البائع .	١٦٢-١٦٣
١١٥	رابعا : أرش النقض فى المبيع .	١٦٣-١٦٤
١١٦	خامسا : على من تقع مؤنة رد المبيع إلى مالكه .	١٦٤
	الفصل الثانى	
	آثار بيع ملك الغير فى القانون المدنى	١٦٥-٢٠٥
١١٧	تمهيد .	١٦٥
	المبحث الأول	
	آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين	١٦٦-١٩٥
١١٨	الأصل أن بيع ملك الغير صحيح فيما بين طرفيه . ويترتب عليه آثاره .	١٦٦-١٦٨
	المطلب الأول	
	من له حق طلب إبطال بيع ملك الغير	١٦٨-١٨٣
١١٩	تمهيد .	١٦٨
١٢٠	المشترى وحده له حق طلب إبطال بيع ملك الغير .	١٦٨-١٧٣

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضوع	الصفحة
١٢١	البائع له حق طلب إبطال البيع استنادا إلى قواعد الغلط	١٧٣-١٧٥
١٢٢	مدى حق المالك الحقيقى فى طلب الإبطال .	١٧٥-١٧٦
١٢٣	مسلك القضاء بشأن من له حق طلب إبطال بيع ملك الغير .	١٧٦-١٧٧
١٢٤	كيفية تمسك المشترى بحقه فى طلب إبطال بيع ملك الغير .	١٧٧-١٧٨
١٢٥	مدى حق المشترى فى التعويض .	١٧٨-١٨٠
١٢٦	مدى حسن أو سوء نية البائع فى المطالبة بالتعويض.	١٨٠-١٨٣
	المطلب الثانى	
	أسباب انقضاء حق المشترى فى طلب الإبطال	١٨٤-١٩٥
١٢٧	تعداد .	١٨٤
١٢٨	أولا : إقرار المالك الحقيقى للعقد قبل رفع دعوى الإبطال.	١٨٤-١٨٩
١٢٩	ثانيا : تملك البائع للمبيع قبل رفع دعوى الإبطال .	١٨٩-١٩٠
١٣٠	ثالثا : إجازة المشترى للعقد .	١٩٠-١٩١
١٣١	رابعا : تملك المشترى للمبيع بالحيازة .	١٩١-١٩٤
١٣٢	خامسا : سقوط حق المشترى فى طلب الإبطال إذا تملك المبيع بالتقادم	١٩٤-١٩٥
	المبحث الثانى	
	آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى	١٩٦-٢٠٥
١٣٣	عدم سريان بيع ملك الغير فى حق المالك الحقيقى	١٩٦-١٩٧

فهرس تفصيلى بموضوعات البحث

رقم النبذة	الموضــــــــوع	الصفحة
١٣٤	أثر تسليم البائع المبيع للمشترى .	١٩٧-٢٠٠
١٣٥	إقرار المالك للبيع .	٢٠١
١٣٦	التكييف القانونى لإقرار المالك للبيع .	٢٠١-٢٠٥
	المبحث الثالث **الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى آثار بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للمالك الحقيقى**	٢٠٦-٢١٤
١٣٧	توضيح .	٢٠٦
١٣٨	أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى آثار بيع ملك الغير بوجه عام .	٢٠٦-٢٠٩
١٣٩	الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى أحكام الإجازة	٢٠٩-٢١٢
١٤٠	الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى حق المالك والمشترى فى التعويض .	٢١٢-٢١٤
	ثبت بأهم مراجع البحث .	٢١٥-٢٤٤

رقم الإيداع : ٥٥٤٧/ ١٩٩٥ م

الترقيم الدولى

I.S.B.N

977-04-1391-7

مكتب الأشول للطباعة
٢٣ شارع الشيخة صباح
طنطا ☎ ٣٤٧٣٥٩